



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO – FD

Ana Beatriz Fernandes Willemann

**SEGURANÇA JURÍDICA, EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL E AS
GARANTIAS ASSEGURADAS AO CONTRIBUINTE: A MODULAÇÃO
TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS
SUPERIORES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Brasília – DF

2016

ANA BEATRIZ FERNANDES WILLEMANN

**SEGURANÇA JURÍDICA, EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL E AS
GARANTIAS ASSEGURADAS AO CONTRIBUINTE: A MODULAÇÃO
TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS
SUPERIORES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Gurgel de Faria.

Brasília, 2016.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB

FACULDADE DE DIREITO – FD

ANA BEATRIZ FERNANDES WILLEMANN

**SEGURANÇA JURÍDICA, EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL E AS
GARANTIAS ASSEGURADAS AO CONTRIBUINTE: A MODULAÇÃO
TEMPORAL DOS EFEITOS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELOS TRIBUNAIS
SUPERIORES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Monografia aprovada com menção SS como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Luiz Alberto Gurgel de Faria – FD/UnB
Orientador

Professor Doutor Mamede Said Maia Filho – FD/UnB
Examinador

Professor Mestre Tiago Conde Teixeira – FD/UnB
Examinador

Brasília, 5 de dezembro de 2016.

A José, Lívy e Pedro Henrique, os alicerces
de quem eu sou.

- É bom pensar, sonhar consola.
 - Consola, talvez; mas faz-nos também diferentes dos outros, cava abismos entre os homens...
- (Lima Barreto. **O triste fim de Policarpo Quaresma.**)

AGRADECIMENTOS

Como se poderia imaginar, começo essa parte agradecendo aos meus pais, Lívya e José. Costumo dizer que, por trás de quem sou e das percepções de mundo que tenho, há o sólido exemplo de bondade, perseverança e bravura que vocês dois sempre me foram. Não sei precisar quando deixei de querer copiá-los da maneira automática que fazem os filhos, mas posso dizer que hoje continuo a tê-los por norte em razão da imensa admiração que sinto. Mamãe e papai, nos vocativos pelos quais sempre vou lhes chamar, eu não poderia ser mais grata por nossa linda família e mais feliz pela exatidão de nossas vidas.

Agradeço também ao meu irmão, Pedro Henrique, minha maior referência de companheirismo e de amizade. Quando paro para pensar sobre as poucas certezas que tenho, saber que sempre poderemos contar um com o outro torna-se verdadeiro porto seguro. Nossas nítidas diferenças de personalidade acabam sendo complementares, meu pequeno. Seu jeito leve de encarar a vida tempera a minha seriedade em lidar com o todo. Obrigada por me emprestar seu riso todas as vezes em que me vem o choro.

Agradeço às minhas duas avós Irene(s) e aos meus anjos da guarda, meu avô José (*in memoriam*) e meu avô Lindolfo (*in memoriam*). Vocês preencheram minha infância de magia. Alcei grandes voos nas visitas que lhes fazia, porque não havia limites à imaginação das brincadeiras. E, das broncas educadoras de meus pais, sobrevinha o aconchego de seus abraços. À minha madrinha, Ana Cláudia, agradeço por sempre me mostrar que tudo fica mais fácil com um sorriso no rosto. Às amigas que fiz ao longo da vida, em especial, a Manuella Bonavides Amaral, Bernardo Carrara, Rodolfo Araújo, Rafaela Stochiero, Guilherme Chacon, João Vítor Camargo, Caroline Anjo, Juliana Marques, Luiza Nogueira, Priscilla Tollini, Isabella Lim, Karoline Cord, Tamine Mokdissi e Mariana Fontoura, agradeço pelo grande valor que atribuíram à minha existência com lições significativas sobre lealdade e afeição. Se o legado de alguém é a sua eternidade, posso dizer que minha família e meus amigos são o que terei de mais precioso.

Agradeço, ainda, ao professor Marcelo Neves, que, na primeira aula de introdução ao Direito, mostrou-me a falibilidade das instituições judiciais no que me parecia ser isento de crítica. Aos professores Paulo Blair e Menelick de Carvalho Netto, pelos preciosos ensinamentos de Teoria Geral do Estado e da Constituição, as bases implícitas desta monografia. Aos professores Gilmar Mendes e João Costa Neto, pelo brilhantismo das aulas de controle de constitucionalidade, motivando-me a querer me aprofundar no assunto e a

delineá-lo em pesquisa acadêmica. E, ao professor Mamede Said Maia Filho, agradeço pela disponibilidade imediata em participar de minha banca de defesa.

Agradeço à equipe do escritório Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados, nas figuras de Sacha Calmon, Misabel Derzi, Igor Mauler Santiago, Tiago Conde, Pedro Júlio, Ravi Medeiros, Nádia Paes, Yann Teixeira, Jéssica Furtado, Frederico Coutinho e da querida “dona” Rosa. A excelência e a dedicação de cada um estruturam o modelo de profissional que pretendo seguir. Em especial ao professor Tiago Conde, agradeço pela paciência que teve em me acolher na prática advocatícia tributária, ainda no começo do curso.

Por fim, mas não em última importância, agradeço ao professor Luiz Alberto Gurgel de Faria, meu orientador, pela estruturação das matrizes financeira e tributária do Direito brasileiro em dois proficientes semestres acadêmicos. Os caminhos que bem me apontou por seu substancial conhecimento jurídico conduziram a conclusão à que cheguei neste trabalho. Muito obrigada pela atenção que sempre me dispensou em sanar dúvidas e indicar soluções viáveis.

Neste momento, enumerar agradecimentos não é suficiente para expressar o reconhecimento que tenho por tudo o que me é mais caro. Registre-se, assim, a gratidão que sinto à soma de fatores e pessoas que moldaram minha graduação e, por que não dizer, minha vida.

RESUMO

O presente estudo pretende analisar e estabelecer a possibilidade de os Tribunais Superiores restringirem a eficácia temporal de suas decisões em matéria tributária, tendo por consideração as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo e de alteração significativa de jurisprudência consolidada. Na estruturação do ordenamento jurídico brasileiro, a regra é a retroatividade dos efeitos de uma lei declarada inconstitucional ou da reavaliação de uma interpretação normativa anteriormente empregada. Convém saber, portanto, se existe fundamentação suficiente para justificar a atribuição de eficácia prospectiva no lugar do resultado técnico tradicional da prolação judicial retroativa e, ainda, se o STF e o STJ detêm competência para tanto. Insere-se nessa delimitação o histórico que se desenvolveu a partir das discussões jurídicas preliminares sobre a necessidade de modulação até o advento de sua positivação específica pela Lei nº 9.868/1999 e depois pelo Código de Processo Civil de 2015. E, mais especificamente, quando assentada a prerrogativa do STF e do STJ em operar a manipulação dos efeitos das decisões que emanam, delimita-se o estudo à seara tributária, em que a modulação no contencioso fiscal ganha especial contorno ao se deparar com as garantias asseguradas ao contribuinte pelo sistema jurídico em sua totalidade.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Direito Tributário. Controle de constitucionalidade. Mutação jurisprudencial. Modulação de efeitos.

ABSTRACT

This study intends to analyze if it is possible for the Brazilian Supreme Court (STF) and the Brazilian Superior Court of Justice (STJ) to restrict the temporal effects of their decisions in the area of Tax Law and Tax Litigation, specifically considering the situation in which a law is declared unconstitutional and the situation in which there is an expressive change in a well-established judicial stance. When it comes to the Brazilian legal system, the decisions issued by both Courts usually produce retroactive effects. In this sense, it becomes essential to determinate if STF and STJ have the competence to assign prospective effects instead of the traditional retroactivity of their decisions. What is needed to reach a conclusion on this issue is to go through the concept of temporal modulation of the decisions effects, the preliminary discussions about this legal institute, the advent of the Federal Law nº 9.868/1999 and the advent of the New Brazilian Code of Civil Procedure. Finally, the last subject to be studied involves the guarantees provided to the taxpayers as a potential limit to the temporal modulation of effects in taxation matters.

Keywords: Constitutional Law. Civil Procedural Law. Brazilian Tax Law. Constitutionality control. Jurisprudential shift. Modulation of effects.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

Art. – Artigo

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

Cofins – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social

CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária

CPC – Código de Processo Civil

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CTN – Código Tributário Nacional

DJ – Diário de Justiça

EDcl – Embargos de Declaração

EResp – Embargos de Divergência em Recurso Especial

ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

IPTU – Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana

HC – *Habeas corpus*

MI – Mandado de Injunção

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

Nº - Número

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	15
2.1 A supremacia da Constituição.....	15
2.2 O controle de constitucionalidade de normas no ordenamento jurídico brasileiro	17
2.3 As mitigações à teoria da nulidade das normas inconstitucionais	23
3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	29
3.1 Antecedentes da Lei nº 9.868/1999: a admissibilidade da modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade nos precedentes do STF	29
3.2 A modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal: as particularidades do art. 27 da lei nº 9.868/1999	32
3.3 A possibilidade de modulação temporal dos efeitos no controle difuso: o histórico de aplicação e a previsão do Código de Processo Civil de 2015	41
4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	47
4.1 A vinculação atípica dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça	47
4.2 O surgimento dos recursos especiais repetitivos.....	50
4.3 A possibilidade de modulação da eficácia das decisões do Superior Tribunal de Justiça: os encaminhamentos para a previsão expressa do Código de Processo Civil de 2015	56
5. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA... 61	61
5.1 Pressupostos de abordagem da modulação em matéria tributária.....	61
5.1.1 As garantias asseguradas ao contribuinte.....	61
5.1.2 Segurança jurídica e excepcional interesse social.....	65
5.2 Análise de precedentes: a justificação empregada para se modular ou não as decisões em matéria tributária	67
5.3 A possibilidade da modulação de efeitos em matéria tributária: parâmetros para a utilização do instituto	74
6. CONCLUSÃO	79
7. REFERÊNCIAS	82

1. INTRODUÇÃO

Quando se tem a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo ou então a mutação de jurisprudência dominante acerca de determinado assunto como resultado de uma decisão proferida pelos Tribunais Superiores, a via de regra é a retroatividade de sua eficácia. Na primeira situação, impera a teoria da nulidade absoluta da lei em situação de conflito com a Constituição, invalidando todos os efeitos que ocasionou. Na segunda situação, entende-se que a alteração jurisprudencial apenas reapreciou interpretação equivocada que inicialmente se havia dado à lei, não podendo ser afastado o novo sentido empregado de sua vigência.

Nesse contexto, cabe reconhecer a tendência da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores em aferir a inadequação dos efeitos retroativos em situações concretas resguardadas pela segurança jurídica dos atos consolidados ou então por interesse social excepcional que se demonstre eminente. E disso decorreria a necessidade de amenizar a rigidez da retro-operação da eficácia das decisões, especialmente se considerada a abrangência de que se dotam quando proferidas pelo STF ou pelo STJ. É o que se chama de modulação temporal.

Essa nova percepção sobre a eficácia das decisões dos Tribunais Superiores traça precisamente o tema aqui abordado, transpondo a possibilidade de procederem à operação manipulativa dos efeitos temporais quando estabelecidas razões de segurança jurídica ou de interesse social. Na delimitação que se dá para o Direito Tributário, a modulação temporal encontra as barreiras das garantias asseguradas ao contribuinte pelo ordenamento jurídico, impondo questionar se, nessa situação, o STF e o STJ podem, juridicamente e no espaço de sua competência, relativizar os efeitos de um julgado que tenha repercussão significativa para além das partes do processo.

É de se analisar, assim, a discussão temática sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça restringirem os efeitos de suas decisões em matéria tributária. O que basicamente se almeja é definir se, com base nos preceitos constitucionais que determinam sua competência jurisdicional, é possível que o Tribunais delimitem o alcance de interpretação constitucional ou legislativa de questão tributária que compreendam. Mais ainda, se é possível que a modulação seja utilizada em qualquer situação, ainda que termine por desfavorável à Fazenda Pública ou ao contribuinte.

Para tanto, serão utilizados o método teleológico de interpretação de leis na verificação da possibilidade de se modularem os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade e das decisões alteradoras de jurisprudência consolidada e o método

dialético para a construção de uma estrutura de parâmetros para a restrição da eficácia. Ressalte-se, contudo, que a metodologia principal a ser utilizada é a racional, pelo processo e análise e síntese que descrevem Amado Luiz Cervo e Pedro Alcino Bervian.¹ Há de utilizar, também, técnicas de pesquisa voltadas ao levantamento de casos julgados, à análise jurisprudencial das decisões prolatadas e à perspectiva doutrinária diversificada das problemáticas percebidas no decorrer do trabalho.

Antes de se adentrar propriamente na análise da modulação, figura necessário elencar as premissas a partir das quais começou a ser concebida e a se mostrar necessária enquanto técnica decisória. Por essa razão, o primeiro capítulo dispõe considerações preliminares a serem feitas, tratando da ideia de supremacia da Constituição, do controle de constitucionalidade que origina e das mitigações à nulidade radical das declarações de inconstitucionalidade.

A importância de tais conceitos toma medida oportuna quando se percebe que foi no controle de constitucionalidade exercido pelo STF que a atribuição de eficácia *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade em vez da tradicional retroatividade começou a ser discutida. E, antes de se pensar propriamente no controle de constitucionalidade, é de se ver a estrutura jurídica que fomenta sua existência, qual seja, a supremacia das normas constitucionais diante da legislação esparsa do ordenamento jurídico. Para mais, foi pelo advento da Lei nº 9.868/1999 que se positivou pela primeira vez a efetiva possibilidade de se modular o resultado de um julgamento e mitigar a teoria da nulidade no controle abstrato, a partir disposição do art. 27.

Pois bem. Positivada a modulação temporal dos efeitos na competência do STF, segue-se a analisar os contornos que toma no exercício das atividades da Corte. Inicia-se pelos debates iniciais acerca de se conceder eficácia prospectiva a determinado julgado, passando então para os resultados da inserção da modulação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999 no controle abstrato e finalizando com o delineamento do instituto no controle difuso antes e depois da regulamentação do Código de Processo Civil de 2015, que estendeu a possibilidade de modulação para outros níveis jurídicos.

Depois de analisada a utilização de fato da modulação de efeitos pelo STF, importa verificar se é cabível a restrição dos efeitos das decisões prolatadas pelo STJ. Para tanto, é necessário entender a vinculação atípica dos precedentes formulados pela Corte, a forma que tomam os recursos repetitivos no Poder Judiciário e o resultado da previsão do CPC/2015

¹ CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia Científica**. 2.ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1978, pp. 19-33.

acerca da modulação de efeitos pelo STJ, contemplando, nessa linha, uma perspectiva histórica da adoção do instituto no Tribunal.

No último capítulo, recai a análise da modulação temporal dos efeitos das decisões dos Tribunais Superiores no âmbito tributário. Delineiam-se os conceitos de segurança jurídica e interesse social especificamente sob a ótica do Direito Tributário e colocam-se as garantias asseguradas aos contribuintes como possível limite para a modulação de efeitos. Depois, analisam-se julgados na temática e dispõe-se a argumentação levantada pelos Ministros para decidir ou não pela modulação. Finalmente, pretende-se projetar parâmetros de utilização em relação ao contribuinte e à Fazenda Pública.

Em suma, à presente monografia interessa: (i) apurar a possibilidade constitucional de modulação temporal dos efeitos das decisões por parte do STF e do STJ; (ii) identificar a realização da modulação antes e depois da positivação da competência dos Tribunais em operá-la, seja pela Lei nº 9.868/1999, seja pelo CPC/2015; (iii) mapear os critérios utilizados para a definição da necessidade de restrição da eficácia; e (iv) definir os parâmetros para que seja possibilitada a modulação em matéria tributária. E esses aspectos são o que se retoma na conclusão, engendrando uma síntese dos argumentos levantados para estruturar uma concepção mais inteligível sobre a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores em matéria tributária.

2. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

2.1 A supremacia da Constituição

Para esclarecer o conceito de supremacia da Constituição, do qual decorre toda a teoria de controle de constitucionalidade, volve-se de início à noção kelseniana de Constituição como “princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”, fundamentando-se como a base do Estado e regulando a produção das demais normas jurídicas existentes.² Ora, sendo elemento basilar de determinada ordem estatal e, por decorrência, das leis nela emanadas, a Constituição passa a ser, também, parâmetro de aceitação de validade de uma lei, que necessita, então, abarcar conformação, compatibilidade e adequação às suas normas e aos fins nelas estabelecidos.³

Nessa linha lógica, em que consiste em fundamento básico da ordem jurídico-estatal, a Constituição é dotada de superioridade hierárquica em relação às outras normas promulgadas, representando, portanto, “o escalão de direito positivo mais elevado”.⁴ A isso, denomina-se supremacia material da Constituição, atributo constante de qualquer Carta constitucional.⁵ No caso da Constituição Federal de 1988, que, além de escrita, categoriza-se como rígida, tem-se também a supremacia formal, decorrente da existência de procedimento especial para sua alteração, distinto do previsto para a reforma de leis ordinárias e formalizado na íntegra de seu art. 60.⁶

² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 130-131.

³ SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 40.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 247.

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 48.

⁶ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

Para todos os efeitos, afigura-se desnecessária a distinção entre normas formalmente constitucionais e normas materialmente constitucionais. Na concepção de Constituição *stricto sensu*, a caracterização de uma norma enquanto constitucional advém de sua própria previsão no corpo da Constituição, restando, à parte, a qualificação de seu conteúdo.⁷ É de se ver a lição de Hans Kelsen:⁸

No limite, somente a Constituição, no sentido estrito e próprio da palavra, está revestida dessa forma especial; ou – como se tem o costume, se não a felicidade, de dizer – a Constituição no sentido material coincide com a Constituição em sentido formal.

Com isso, pode-se dizer que todas as normas constantes da Carta Magna se dotam da qualidade de superioridade conferida ao conjunto completo. É indiferente a matéria sobre a qual determinado artigo versa, importando apenas que esteja nela presente. Em sentido inverso, dispondo-se a norma em legislação esparsa, ainda que se possa argumentar que trata de assunto eminentemente constitucional, não é possível atribuir-lhe a mesma hierarquia daquelas positivadas no texto constitucional. Eis que a ideia de supremacia envolve apenas o que estiver efetivamente inserido no documento da Constituição Federal.

Para mais, qualquer norma presente na Constituição passa a conferir validade ao restante do ordenamento. Na concepção do sistema jurídico, dispõe-se a hierarquia de leis, estando a Constituição em sua completude no topo. Então, a compatibilização da lei com os preceitos constitucionais nada mais é do que harmonizar o Direito para garantir que tenha validade de aplicação quando subsumidos os fatos da realidade social.

Conforme bem ensina Luís Roberto Barroso,⁹ “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental”. No mesmo sentido, José Afonso da Silva¹⁰ elucida que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal”, que é, em razão de sua rigidez, “a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”.

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 56.

⁸ Kelsen, Hans. **Jurisdição...**, p. 131.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 48.

A teoria de uma supremacia da Constituição engendra, ainda, a ideia de uma superlegalidade das normas constitucionais. Segundo Luís Roberto Barroso,¹¹ por força de sua superlegalidade formal, a Constituição Federal configura fonte normativa primária à produção de todos os outros atos normativos existentes no ordenamento, que deve seguir de acordo com os procedimentos e as competências nela especificados. Por outro lado, pela superlegalidade material, os princípios e as regras constitucionais determinam o conteúdo componente desses outros atos normativos. Então, ao mesmo tempo em que define os parâmetros formais de elaboração normativa ordinária, a Carta Constitucional também delimita o conteúdo abrangido na norma produzida, culminando na dependência hierárquica dos atos normativos ordinários em relação às normas propriamente constitucionais, haja vista extraírem delas sua própria validade.

Dessa maneira, a distinção entre as matérias constitucionalizadas e as matérias constantes das leis ordinárias, cuja diferença é o grau hierárquico de cada uma, encampa-se na supremacia da Constituição, devendo as normas ordinárias sempre se conformar aos postulados constitucionais. Em decorrência disso, o que se tem é a separação das normas do ordenamento jurídico nacional em constitucionais e infraconstitucionais, encerrada na superioridade do Poder Constituinte.¹² E, por consequência final, tem-se também a supremacia das normas constitucionais em relação às normas infraconstitucionais, pelo fato de estas encontrarem sua validade na estrita conformidade com o texto constitucional.

2.2 O controle de constitucionalidade de normas no ordenamento jurídico brasileiro¹³

Defendida a supremacia da Constituição Federal de 1988, pontua-se, no ordenamento jurídico brasileiro, o encadeamento de uma hierarquia de normas, na qual a Constituição, enquanto fórmula imperativa do Estado Democrático de Direito, figura como pressuposto de validade de todas as demais normas existentes, que, a ela, submetem-se, em grau hierárquico descendente.¹⁴

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação...**, p. 164.

¹² Ibid., p. 162.

¹³ Considera-se, para o objetivo desta monografia, o controle de constitucionalidade propriamente dito, referente à Constituição Federal de 1988. É preocupação metodológica específica não adentrar na temática de controle de constitucionalidade das constituições estaduais e da Lei Orgânica do Distrito Federal.

¹⁴ Para José Afonso da Silva, “o princípio da supremacia requer que todas as situações se conformem com os princípios e preceitos da Constituição” (Op. cit., p. 48).

Têm-se, a partir disso, a integração, a harmonização e a ordenação do sistema de leis, com base na *lex legum*,¹⁵ que serve duplamente de parâmetro à produção normativa e ao processo legislativo como um todo e, também, à aceção de validade em relação à aplicabilidade de determinada lei. Com efeito, no sistema hierarquizado de normas, surge a ideia de controle de constitucionalidade, que se pauta essencialmente na constatação de conformidade ou desconformidade das normas infraconstitucionais com as disposições normativas da Constituição.

Conquanto se pugne em favor da presunção da constitucionalidade de leis como regra,¹⁶ depois de sua aprovação, é próprio da ordem jurídica escalonada “o problema de um possível conflito entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior”.¹⁷ Insta dizer, portanto, que tal presunção de constitucionalidade tão-só se mantém até que haja pronunciamento específico de controle judicial, que detém a prerrogativa de expurgar a norma dita inconstitucional do bojo do ordenamento.

E é com arrimo na possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de disposições normativas que se aborda a teoria da nulidade¹⁸ das leis inconstitucionais, inegavelmente adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, restando à parte, por não interessar ao objeto desta monografia, a concepção minoritária¹⁹ de mera anulabilidade da ordem jurídica, na qual o ato produziria normalmente todos os seus efeitos até a manifestação judicial de sua inconstitucionalidade.

Parece fazer bastante sentido que, declarada a inconstitucionalidade de uma norma, o vício a invalide de pleno direito, desfazendo, então, todos os atos jurídicos praticados durante a sua vigência. Isso porque a ideia de nulidade desde a prolação legislativa, quando inconsistente com as disposições constitucionais, alberga essencialmente a supremacia da Constituição e a sua máxima efetividade. Seria, assim, incoerente conceber o contrário, por

¹⁵ Na denominação de Paulo Bonavides (**Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 267).

¹⁶ GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108.

¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria...**, p. 296.

¹⁸ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 323 et. seq. Nessa mesma linha, os julgamentos do STF: **RMS nº 17.976/SP**, rel. Min. Amaral Santos, julgado em 13.09.1968 e DJ de 26.09.1969; **ADI nº 652/MA**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02.04.1992 e DJ de 02.04.1993; e **RE nº 136.215/RJ**, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 18.02.1993 e DJ de 16.04.1993.

¹⁹ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

inverter estruturalmente a diferenciação hierárquica entre o Poder Constituinte e o Poder Legislativo delegado, o que afrontaria, inclusive, a própria soberania do Estado.²⁰

Nessa linha de raciocínio, assevera Hans Kelsen²¹ que um ato normativo que “não corresponde à norma que preside à sua criação não poderia ser considerada como norma jurídica válida – seria nula, o que quer dizer que nem sequer seria uma norma jurídica”. Em outras palavras, no magistério do consagrado autor, para que seja válida, uma norma jurídica deve atender às especificações da norma maior que viabiliza sua criação, vez que a ela está subordinada, sob pena de nulidade. No ponto em que essa norma maior é a Constituição, as leis que sejam manifestamente incompatíveis em relação a ela reputam-se inválidas e nulas, não podendo, de forma alguma, produzir efeitos.

A partir disso, a conclusão cabal a que se pode chegar é a de que eventual aplicação das leis contrárias à Constituição importaria na consequente não aplicação da própria Constituição e na suspensão, ainda que provisória, de sua eficácia. A percepção é lógica: se incompatíveis os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais analisados, não podem reger, ao mesmo tempo, determinada situação enquadrada. E, primada a superioridade das normas constitucionais, é evidente que, transposto o conflito, estas preponderam sobre as normas infraconstitucionais.

Dessa sorte, a norma infraconstitucional incompatível não haveria como produzir seus respectivos efeitos sem importar no respectivo afastamento da norma constitucional, o que seria incongruente com a precisa validade do ordenamento jurídico, que se funda e se alicerça na Constituição. Afinal, deixar de aplicar a Constituição e possibilitar a eficácia de norma que a contraria seria também romper com direitos fundamentais consagrados e com o Estado Democrático de Direito em sua essência.

Pois bem: a via de regra, então, de pronúncia de inconstitucionalidade de determinado dispositivo normativo deve ser a de declarar, ao mesmo tempo, sua nulidade desde a origem. Por essa análise, opera-se eficácia retroativa, na qual se determina o desfazimento das situações que se colocaram sob a égide da norma dita inconstitucional – que, sendo nula, deve ser tratada como se nunca tivesse existido.

Conceitua-se, então, inconstitucionalidade, por sua concepção em sentido restrito, qual seja, a desconformidade do ato normativo primário ou de norma constitucional derivada com

²⁰ No ensinamento de Sieyès sobre essa diferenciação, “a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais” (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Trad. Norma Azeredo, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997, p. 94).

²¹ KELSEN, Hans. **Teoria...**, p. 296.

a Constituição, seja em relação a seu conteúdo ou a sua forma. Por ato normativo primário, consideram-se aqueles que tiram sua validade diretamente da Constituição. Os atos normativos secundários, por sua vez, validam-se por atos infraconstitucionais que os antecedem, não sendo, portanto, diretamente inconstitucionais, mas apenas inquinados do vício de ilegalidade.

Com base nisso, classifica-se a inconstitucionalidade em material e formal. A inconstitucionalidade material é aquela concernente ao conteúdo da norma e, também, a situações de desvio ou excesso de poder. Em outros termos, ocorre quando conflitam dispositivo constitucional e dispositivo ordinário que versam sobre o mesmo tema, ou, então, quando se desrespeita o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade. A inconstitucionalidade formal, por outro lado, relaciona-se ao processo legislativo que lhe deu origem. Nesse caso, a elaboração da nova lei desviou-se do que determina a Constituição, podendo ser em relação à incompetência do órgão que a emitiu, denominada inconstitucionalidade formal orgânica, ou em relação a pressupostos objetivos e subjetivos do processo legislativo constitucional, que é a inconstitucionalidade formal propriamente dita.

Ademais, ressalta-se a ocorrência de inconstitucionalidade tanto por ação quanto por omissão do Poder Público. Como sugerem os nomes, a inconstitucionalidade por ação decorre de ato positivo, comissivo, efetivamente praticado e de eficácia concreta, como na prolação de uma lei eminentemente inconstitucional, enquanto a inconstitucionalidade por omissão advém da inércia do legislador em sua obrigação de legislar. A inconstitucionalidade por omissão, ainda, pode se dar de maneira total, quando o legislador, nas palavras de Gilmar Mendes,²² “não empreende a providência legislativa reclamada”, ou, então, parcial, quando se concede benefício específico a determinado grupo, mas deixa de se favorecer outro em situação análoga.

Consubstanciando a ideia de verificação de compatibilidade das normas ordinárias com os ditames constitucionais, retoma-se a teoria de controle de constitucionalidade, pautados os mecanismos constitucionais de fiscalização de validade legal.²³ Nessa perspectiva, amoldou a doutrina classificações de óticas distintas, referentes, de maneira mais

²² MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**. In: 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, 2008, Lituânia. Brasília: STF, 2008, p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em 6 de outubro de 2016.

²³ Cf. a Seção VIII da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre o processo legislativo, e seus arts. 97 e 102, que tratam, também, do controle judicial de constitucionalidade.

geral, ao titular que realiza a análise de inconstitucionalidade e ao momento em que se suscita tal análise, na definição consagrada de Mauro Cappelletti.²⁴

De acordo com o autor, na esteira da titularidade, apontam-se as modalidades de controle judicial e de controle político. O controle judicial de constitucionalidade de leis, como a própria expressão sugere, é exercido pelo Poder Judiciário. Insere-se ele, também, na seara da jurisdição constitucional, que abarca qualquer assunto de decisão judicial acerca de questões constitucionais. A relevância de tal controle em específico encontra-se na exigência histórica de uma justiça acima das leis, na necessidade de “garantia de uma superior legalidade”, que seria prerrogativa da justiça constitucional traduzida no controle jurisdicional de constitucionalidade.

No viés oposto, Cappelletti traz à baila a concepção de controle político. Para ele, a própria caracterização desse tipo de controle se dá pela exclusão de elementos que o engendrariam judicial. Ou seja, é aquele que não é exercido por órgãos judiciais, tendo em vista que se atrelam especificamente ao exercício do controle judicial de constitucionalidade de leis.

Sobre o momento de arguição e de apuração da inconstitucionalidade de certa lei, que se segue à classificação da titularidade, diz-se que o controle pode ser preventivo ou, então, repressivo. Sintetiza Augusto Zimmermann:²⁵ “é preventivo quando este se opera antes da norma se aperfeiçoar, ao passo que é repressivo depois de aplicado o ato jurídico”.

Assim sendo, abstrai-se que o controle preventivo se refere à tramitação de um projeto de lei, originando-se como função atípica do Poder Executivo, através do veto presidencial, e do Poder Legislativo, através das Comissões Permanentes de Constituição e Justiça. Conclui-se, portanto, que o controle preventivo antecede a vigência da norma inconstitucional, que sequer chega a ingressar na ordem jurídica. O que se tem, no caso, é simplesmente a expectativa de uma lei: não é o controle de constitucionalidade de uma lei já emanada, mas o controle feito sobre o projeto, sobre o objetivo final de consolidar uma lei específica, porque antecede a entrada da lei em vigor.

Em situação muito peculiar, na qual se depara com proposta de emenda à Constituição que, desde logo, viole cláusulas pétreas, o STF tem-se posicionado favorável à impetração de mandado de segurança contra ato da mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Tal seria, então, a única hipótese de um controle preventivo judicial, precisamente a tese

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, pp. 26-27.

²⁵ ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 471.

vencedora defendida pelo Ministro Moreira Alves quando do julgamento do MS nº 20.257/DF.²⁶ Na decisão colegiada, restou estabelecido o direito líquido e certo dos parlamentares em não tomar parte em deliberação sobre matéria notadamente inconstitucional, quando se tratar de proposta de emenda à Constituição.²⁷ Ressalte-se, todavia, que, quanto a um projeto de lei *per se*, não é cabível a aferição de inconstitucionalidade pela via judicial, restando tão somente a possibilidade de controle prévio pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Adentra-se, então, à classificação específica do controle judicial repressivo, que pode ocorrer de forma concentrada ou difusa. Diz-se concentrado o controle exercido por meio de órgão de cúpula de natureza jurisdicional – no caso do Brasil, o STF.²⁸ O controle difuso, por sua vez, é exercido de maneira capilar, cabendo a qualquer juiz ou tribunal judiciário a decisão acerca da inconstitucionalidade. É, em outras palavras, de competência do Poder Judiciário como um todo.

Por fim, no aspecto das vias de ação, o controle judicial repressivo também pode ser abstrato ou concreto. O controle abstrato é aquele exercido por meio de ação própria²⁹ requerida diretamente ao Supremo Tribunal Federal para se questionar a constitucionalidade de determinado dispositivo normativo em tese. Por essa razão, a impugnação legal é tida como feita pela via principal, porque não necessita de caso concreto que a origine. E, como se pleiteia especificamente a declaração de inconstitucionalidade ou, então, de constitucionalidade do dispositivo impugnado, emprega-se, em regra, eficácia retroativa e *erga omnes*.

²⁶ Em parte de seu voto, o Ministro Moreira Alves asseverou que “não admito mandado de segurança para impedir tramitação de projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com base na alegação de que seu conteúdo entra em choque com algum princípio constitucional. E não admito porque, nesse caso, a violação à Constituição só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada **Aqui, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo**, e isso porque a Constituição não quer – em face da gravidade dessas deliberações, se consumadas – que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. **A inconstitucionalidade, neste caso, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional**, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição” (STF. MS nº 20.257/DF, rel. Min. Decio Miranda, rel. para o acórdão Min. Moreira Alves, julgado em 08.10.1980 e DJ de 27.02.1981. Grifos nossos).

²⁷ Essa ideia bem se explicita no parecer do Procurador-Geral da República à época, Dr. Firmino Ferreira Paz, “constitui direito líquido e certo dos impetrantes a pretensão de não serem compelidos a deliberar desta ou daquela maneira, sobre matéria expressa ou formalmente vedada pela Constituição; em causa, pois, o direito substantivo de não deliberar” (In: STF. MS nº 20.257/DF, rel. Min. Decio Miranda, rel. para o acórdão Min. Moreira Alves, julgado em 08.10.1980 e DJ de 27.02.1981).

²⁸ Cf. Art. 102, I, a, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade, no caso de impugnação de dispositivos normativos, e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no caso de impugnação de ato do Poder Público.

O controle concreto, por outro lado, é exercido pela via de exceção, na qual a discussão sobre a inconstitucionalidade consiste em questão incidental de processo judicial. Explica-se: no bojo da demanda, o pedido principal abriga a defesa de direito subjetivo que a parte alega ter e que depende da declaração de inconstitucionalidade da norma em si. Por essa especificidade subjetiva do controle, a decisão proferida restringe-se às partes atinentes ao processo, com eficácia *inter partes* extensível, ao máximo, para *ultra partes* quando se tratar de recurso extraordinário com repercussão geral do STF.

2.3 As mitigações à teoria da nulidade das normas inconstitucionais

Não obstante se tenha consagrado a nulidade da declaração de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal tem, casuisticamente, relativizado a ideia de retroatividade da norma incompatível, de maneira a preservar os efeitos produzidos durante sua vigência. É o que se chama de mitigação à teoria da nulidade das normas inconstitucionais.

Pode-se dizer que mitigar a eficácia retroativa da decisão que determina a incompatibilidade entre um ato normativo e a Constituição nada mais é do que flexibilizar e restringir a incidência de seus efeitos, o que seria, segundo Gilmar Mendes, “a adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira”.³⁰ Trata-se, portanto, do reconhecimento de que, em situações específicas, a manutenção fática dos efeitos da norma declarada inconstitucional melhor corresponde à aplicação da segurança jurídica e da proporcionalidade, em vez de simplesmente se invalidar a lei ou ato normativo em sua integralidade.

Assim, ponderando acerca da complexidade das situações concretas, o Tribunal vem adotando diversas técnicas que atenuam a ideia de retroatividade da decisão sobre norma dita inconstitucional. Dentre elas, mencionem-se a modulação temporal dos efeitos da decisão, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, a interpretação conforme a Constituição, a decisão de efeitos aditivos e, por fim, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Expressamente introduzida no Brasil pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999, a modulação (ou manipulação) temporal dos efeitos da decisão consiste na preservação dos atos praticados sob a égide da lei inconstitucional, podendo ser considerada mais que uma mitigação, mas

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1261.

propriamente uma exceção à teoria da nulidade, em razão da alteração significativa da eficácia empregada. Era, inicialmente, instrumento típico do controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF, não obstante a jurisprudência do Tribunal fosse a de lhe aplicar igualmente ao controle difuso. Reconhecia-se, também, no âmbito do STJ, a utilização da modulação temporal.

Recentemente, com a introdução do Código de Processo Civil de 2015, sistematizou-se o cabimento do instituto nas linhas que a prática já indicava: agora, havendo mudança na jurisprudência, a segurança jurídica e o relevante interesse social podem justificar a modulação de efeitos pelos tribunais superiores.³¹ Ademais, prevê-se também a possibilidade de modulação em caso de decisão que venha a tratar da inexigibilidade de obrigação reconhecida em sentença que se fundamente por lei ou ato normativo incompatível com a Constituição Federal.³² Com essas considerações, destaca-se que a modulação temporal de efeitos das decisões, tanto por parte do STF quanto por parte do STJ, será particularmente abordada nos capítulos que se seguem a este, figurando, então, desnecessário seu delineamento no presente momento.

Sucedendo às técnicas de decisão, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto deixa de aplicar a norma impugnada, julgando-a inconstitucional na situação específica e mantendo-a constitucional no que restar. Celso Ribeiro Bastos³³ exprime que, nesse caso, “uma das variantes da lei é inconstitucional”, sendo as que não foram afastadas perfeitamente constitucionais. É, em outras palavras, a exclusão dos significados da norma que sejam incompatíveis com a Constituição.

Nesse contexto, o que se tem é o julgamento de inconstitucionalidade de determinado sentido normativo. E, por isso, diz-se parcial a declaração de inconstitucionalidade, uma vez que, considerada a hipótese de incidência constitucional da norma, mantêm-se os efeitos que produziu no ordenamento jurídico. Do mesmo modo, a técnica decisória também se opera

³¹ “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, § 3º, **Código de Processo Civil de 2015**).

³² “[...] considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso” (art. 535, § 5º, e art. 525, § 12, **Código de Processo Civil de 2015**). Nesse caso, “os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica” (art. 535, § 6º, e art. 525, § 13, **Código de Processo Civil de 2015**).

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 175.

sem a redução do texto concebido pelo Legislativo, no intuito de preservar sua vontade originária e de não alterar o conteúdo da lei.

Ressalte-se, contudo, a aplicação da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto essencialmente nos casos em que se façam possíveis múltiplas leituras da preceituação normativa. Se existir apenas uma única linha interpretativa para subsumir o fato à norma, deve o Tribunal tão somente decidir acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da lei. É interessante definir, pois, a polissemia da disposição normativa como pressuposto à adoção da declaração parcial, que se esvazia de sentido quando da norma se extrai interpretação una.

A diversidade semântica do texto legal também se cumpre na técnica de interpretação conforme a Constituição. Nesse caso, pela procedência hermenêutica, a Corte define a orientação constitucional da norma para viabilizar a legitimidade de seus efeitos, preservando a lei por ter a presunção de ser compatível com a Constituição como um todo. As demais interpretações normativas, se inconstitucionais, quedam-se afastadas.

Pontua-se, aqui, o postulado americano de se possibilitar, quando for possível, a eficácia das leis redigidas³⁴ e sua presunção de constitucionalidade. É, por assim dizer, a opção pela interpretação constitucional em detrimento daquelas que sejam incompatíveis com a Carta Magna, de forma a se favorecer a legitimidade dos efeitos produzidos pela norma questionada.

Interpretar conforme a Constituição é, ainda, explorar a plurissignificação linguística dos verbetes empregados na redação legal: constrói-se sentido diverso da interpretação inconstitucional arguida, viabilizando a consonância da norma com a Constituição e, portanto, sua permanência no ordenamento. Ao mesmo tempo, declaram-se inconstitucionais, explícita ou implicitamente, todas as outras interpretações que se dissociem do contexto constitucional, inclusive aquelas que, à primeira vista, abrangem maior obviedade ao aplicador do Direito.

Acerca da interpretação conforme à Constituição, é de boa valia recorrer ao que ensina Canotilho³⁵ ao dimensionar sua aplicação por princípios:

- (1) o princípio da prevalência da Constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se a interpretação que não seja contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação das normas afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a Constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas *contra legem*, impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1267.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 235-236.

conforme a Constituição, mesmo que através desta interpretação consiga uma concordância entre as normas infraconstitucional e as normas constitucionais.

Mais ainda: diz Luís Roberto Barroso³⁶ que a interpretação conforme “tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”. É perceptível, então, que não pode existir confluência entre as atribuições ordinárias legislativas e judiciárias. O juiz, quando interpreta a norma, simplesmente se orienta por um sentido previamente existente no conteúdo legal estabelecido pelo Poder Legislativo, sendo inconcebível que deturpe a semântica originalmente pretendida para poder adequar-lhe às prerrogativas constitucionais.

Nessa cadeia de considerações, fica evidente a proximidade entre a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição. Poderia considerar-se que a exclusão interpretativa da norma seria uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, para se priorizar sua aplicação constitucional. A interpretação conforme a Constituição, por sua vez, é a orientação expressa de aplicação da norma segundo as disposições constitucionais

Não obstante, deve-se restringir essa equiparação categórica ao exercício hermenêutico do Supremo Tribunal Federal, enquanto técnica decisória de constitucionalidade e, mais especificamente, na perspectiva do controle abstrato. Isso porque, ao se pensar no controle difuso, a aplicação desse raciocínio equiparativo implicaria na incidência da cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal toda vez que se tratasse de interpretar constitucionalmente, o que não parece ser viável quando a matéria estiver submetida aos tribunais ordinários e não abranger, portanto, “força vinculante geral”.³⁷

Além disso, em termos técnicos, não se pode aglomerar a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto como a mesma tipologia decisória. Quando se interpreta conforme, a escolha hermenêutica compatível com a Constituição é o que se tem de mais expressivo na decisão: embora pressuposto, o afastamento de todas as interpretações inconstitucionais nem sempre ocorre de maneira explícita. Por outro lado, no caso da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, determina-se especificamente que a interpretação incompatível com a Constituição não seja aplicada, sendo declarada, também, inconstitucional. Sobre o assunto, lecionam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:³⁸

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação...**, p. 372.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., pp. 1268 e 1269.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1269.

Assim, se se pretende realçar que determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o tribunal da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que, além de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro).

Segue-se. Consubstanciada na jurisprudência³⁹ do STF, a decisão de efeitos aditivos embute e acrescenta às leis textualmente quando restar demonstrada a omissão do legislador positivo. A justificativa que se dá é em razão de a norma editada ser insuficiente na abrangência do fato, caracterizando, portanto, omissão parcial da lei nas hipóteses de incidência. Isso equivale dizer que a disposição normativa não conflita com a Constituição por contrariedade presente em seu conteúdo, mas por traduzir seus princípios e regras de forma sectária.

Por isso, pontua-se o princípio da igualdade como razão recorrente à prolação de decisão de efeitos aditivos. É a situação em que a Corte se depara⁴⁰ com a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo legal que conferiu benefício à determinada categoria sem mencionar outra categoria análoga. Pode-se afirmar, nesse caso, que a omissão implica a exclusão inconstitucional do grupo de circunstância que lhe deveria ser favorável, incorrendo em severa ofensa à igualdade estabelecida na Constituição. E, nesse sentido, atua o Judiciário para restabelecer a conformidade dos princípios constitucionais à lacuna deixada pelo Legislativo.

O STF assume, assim, o papel de legislador – ao acrescentar ou modificar o conteúdo original da norma, pretendendo a plena satisfação da Constituição, faz-se o exercício legislativo sem submissão direta ao Congresso.⁴¹ E isso se embasa na necessidade de integração das normas constitucionais com o ordenamento em sua estrutura, de modo que a atuação judicial se volta a preencher o vazio jurídico da omissão incorrida.

Finalmente, para evitar grave insegurança jurídica, o Tribunal também faz uso da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, preservando os efeitos da lei já perpetrados e mantendo-a no ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, também demanda que o Legislativo reaprecie a matéria e tome providência em prazo determinado acerca da inconstitucionalidade constatada.

³⁹ Cf. STF. **MI n° 670/ES**, rel. Min. Maurício Côrrea, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007 e DJ de 31.10.2008; **MI n° 708/DF**, rel. Min. Maurício Côrrea, julgado em 25.10.2007 e DJ de 31.10.2008; **MI n° 712/PA**, rel. Min. Eros Grau, julgado em 25.10.2007 e DJ de 31.10.2008.

⁴⁰ Cf. STF. **RMS n° 22.307/DF**, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 05.11.1998 e DJ de 23.11.1998, e RE n° **405.579/PR**, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 01.12.2010 e DJ de 04.08.2011.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 1272.

Pois bem: julga-se inconstitucional uma norma que notadamente macula a ordem estabelecida na Carta Magna, embora não se pronuncie a nulidade de seus efeitos. A consideração, nesse caso, é de que a ausência de lei ensejaria situação ainda mais danosa ao ordenamento do que a incompatibilidade com a Constituição. E é por isso que essa técnica hermenêutica provoca o Legislativo para que repare a inconstitucionalidade operante no conteúdo da lei.

Recentemente,⁴² o STF utilizou referida técnica decisória para firmar orientação jurisprudencial em Ação Direta de Inconstitucionalidade que tinha por objeto lei orçamentária estadual cujos efeitos já haviam se exaurido em seu tempo. Como não se julgou a norma questionada no prazo do exercício financeiro, o posicionamento minoritário foi no sentido de declarar a perda do objeto da ação. Sem embargo, venceu a manifestação do Ministro Relator para adentrar ao mérito e determinar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, sob pena de impossibilitar o controle de matérias orçamentárias, que são, por natureza, marcadas pela temporalidade. Com essa consideração, decidiu a Corte por declarar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado sem proclamar sua nulidade, simplesmente porque a declaração de inconstitucionalidade não haveria como desencadear efeitos em lei não mais vigente.

⁴² Cf. STF. **ADI nº 5.287/PB**, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.05.2016 e DJ de 12.09.2016.

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1 Antecedentes da Lei nº 9.868/1999: a admissibilidade da modulação da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade nos precedentes do STF

Conforme se adiantou alhures, a modulação da eficácia temporal da norma declarada inconstitucional, temática que alberga o objeto central desta monografia, é espécie de mitigação à teoria da nulidade que preserva os efeitos consolidados do ato jurídico. Com o advento da Lei nº 9.868/1999, a técnica ingressou efetivamente no ordenamento jurídico, consignando-se como a ruptura legislativa à ideia de nulidade absoluta da lei inconstitucional.

Não obstante, em quadro antecedente à prolação normativa, o Supremo Tribunal Federal há muito ponderava acerca do peso da pronúncia de nulidade e do desfazimento de todos os atos praticados sob a égide da lei inconstitucional. Excluí-la por completo da realidade jurídica muitas vezes parecia deflagrar situação ainda mais caótica do que sua condição de incompatibilidade com a Constituição, porque os efeitos perpetrados já haviam se esgotado e estabilizado os fatos jurídicos regidos, sendo insustentável a inabilitação da eficácia dos ditames da lei. E, ainda, em alguns casos, a lacuna normativa deixada pela nulidade da lei desequilibraria todo o regramento jurisdicional.⁴³

Essa problematização sobre a nulidade dos atos jurídicos regidos por norma inconstitucional mostrou-se sinuosa, porque, em dado momento, os precedentes da Corte Constitucional obedeciam rigidamente à aplicação da retro-operação da invalidade. Afinal, não existe na Carta Constitucional qualquer preceituação que desimpedisse a ideia de atribuição de efeitos futuros em casos específicos.

Parecia estranho romper com o dogma doutrinário da nulidade e flexibilizar o vício de inconstitucionalidade para favorecer seus efeitos produzidos em dissonância com a ordem jurídica.⁴⁴ Isso porque considerar a possibilidade de validar efeitos imbuídos de

⁴³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 333: “Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem status constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram os múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito. Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa”.

⁴⁴ STF. **RE nº 79.343/BA**, rel. Min. Leitão de Abreu, julgado em 31.05.1977 e DJ de 02.09.1977.

inconstitucionalidade da lei que os regeu implicaria também em considerar suspender a eficácia da própria Constituição, ainda que de forma provisória ou parcial.⁴⁵

A base doutrinária que primava pela retroatividade total, no entanto, foi sendo superada, para considerar a inadequação factual dessa teoria. Nessa toada, sinaliza Oswaldo Luiz Palu⁴⁶ que

o Supremo Tribunal Federal poderia determinar o grau de retroatividade da decisão (mínima, máxima, média) ou mesmo atribuir efeitos ex nunc à decisão, mesmo adotada a teoria da nulidade absoluta da lei, como mera decorrência de sua função de interpretar a Constituição. A regra da retroatividade poderia ser evitada com explícita fundamentação, o que denotava que a teoria da nulidade ex tunc não se adaptava bem à realidade subjacente aos julgamentos do STF.

A partir disso, em 1977, começou a tomar lugar o processo de rompimento com a rigidez da adoção da teoria da nulidade por parte do STF, por ocasião do julgamento do RE nº 79.343/BA. O Ministro Leitão de Abreu, relator, defendeu que a lei, embora materialmente inconstitucional, gozaria de presunção de constitucionalidade desde sua edição regular pelo Legislativo e produziria efeitos de imediato à sua vigência. Não faria sentido, então, conceber sua nulidade sistêmica, mas sim a mera anulabilidade de seus efeitos, porque a própria decisão que julga a inconstitucionalidade seria constitutiva – e não declaratória.⁴⁷ Esse posicionamento, contudo, ficou vencido, engendrando apenas o debate inicial de cabimento da anulabilidade de atos normativos incompatíveis com a Constituição.

Seguiu essa linha lógica o julgamento do RE 78.533/SP⁴⁸ em 1981, sob a relatoria do Ministro Firmino Paz. À época, a controvérsia tratava da validade de penhora feita por oficial de justiça investido no cargo com base em norma posteriormente declarada inconstitucional. No caso, venceu o posicionamento do Ministro Décio Miranda em não conhecer do Recurso por não prequestionar o tema no acórdão impugnado. De todo modo, as considerações feitas pela divergência estamparam a eficácia do ato questionado, aduzindo que a presunção de legitimidade do funcionário justificava a aparência da legalidade. Isso porque a ausência de legitimidade foi apurada em momento posterior, quando o ato já havia sido encampado pelo

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202.** Distrito Federal: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, v. 2, n. 3, 1994, p. 40-53.

⁴⁶ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade.** 2a ed. São Paulo: RT, 2001, p. 175.

⁴⁷ Asseverou o Ministro Leitão de Abreu em seu voto: “a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação da inconstitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo”.

⁴⁸ STF. **RE nº 78.533/SP**, rel. Min. Firmino Paz, julgado em 13.11.1981 e DJ de 26.02.1982.

ordenamento. Esclarece a questão o apontamento do Ministro Décio Miranda de que “toda nulidade há de corresponder a uma finalidade prática. Não se decreta a nulidade simplesmente pelo amor à formalidade que poderia ter sido repetida nas mesmas condições, com ratificação do efeito produzido”.

Alguns anos depois, em 1991, retomou a Corte a discussão do que seria o prelúdio da técnica de modulação temporal dos efeitos. No julgamento da ADI nº 513/DF,⁴⁹ o Ministro Relator Célio Borja refletiu sobre a possibilidade de eficácia prospectiva da declaração de nulidade da norma questionada, enquanto cogitava sobre a ocorrência de risco iminente a “solvência do tesouro, continuidade dos serviços públicos ou algum bem ou política socialmente relevante” para justificar a modulação. Ainda assim o Ministro acabou concluindo que, na situação fática, não havia “lacuna jurídica ameaçadora” à estabilidade do ordenamento, no que foi acompanhado pelos votos subsequentes.

No julgamento da ADI nº 1.102/DF,⁵⁰ em 1995, foi considerada novamente a razoabilidade da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O Relator, Ministro Maurício Corrêa, mostrou-se partidário da supressão dos efeitos retroativos da nulidade pela Corte⁵¹ em situações que ensejariam mais insegurança jurídica do que segurança propriamente dita. Contudo, uma vez mais o Tribunal mostrou-se reticente em se desvencilhar da adoção da nulidade da norma inconstitucional, precavendo-se de estimular a inconstitucionalidade no bojo da produção legislativa que pretendesse convalidação posterior.

Poucos meses antes da edição da Lei nº 9.868/1999 e da efetiva inserção da técnica de modulação temporal dos efeitos no ordenamento brasileiro, o STF prosseguiu para além da simples reflexão acerca da eficácia prospectiva e decidiu por modular, de fato, a revisão da Súmula nº 394,⁵² reverenciando o princípio constitucional da coisa julgada. Com isso, a Súmula manteve-se para os julgamentos anteriores à sua revisão, de maneira a evitar a sua nulidade.

⁴⁹ STF. **ADI nº 513/DF**, rel. Min. Célio Borja, julgado em 14.06.1991 e DJ de 30.10.1992.

⁵⁰ STF. **ADI nº 1.102/DF**, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 05.10.1995 e DJ de 17.11.1995.

⁵¹ É de boa serventia a fundamentação de seu voto, *in verbis*: “parece-me de inteira procedência a irresignação ministerial quando aos efeitos retroativos que a Corte tem emprestado à declaração de inconstitucionalidade, principalmente, quando, como na espécie, os resultados consequenciais da decisão impõem drásticas restrições ao orçamento da seguridade social, abalada por notória insuficiência de caixa. Creio não constituir-se afronta ao ordenamento constitucional exercer a Corte política judicial de conveniência, se viesse a adotar a sistemática, caso a caso, para a aplicação de quais os efeitos que deveriam ser impostos, quando, como na hipótese, defluisse situação tal a recomendar, na salvaguarda dos superiores interesses do Estado e em razão de calamidade dos cofres da Previdência Social, se buscasse o *dies a quo*, para a eficácia dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, a data do deferimento cautelar”.

⁵² Súmula nº 394: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

Finalmente, na envergadura do debate entre a opção pela prospecção da declaração de inconstitucionalidade em situações em que se fizesse necessária e a manutenção da nulidade *ex radice*, entrou em vigor a Lei nº 9.868/1999, com a expressa previsão, em seu art. 27,⁵³ da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no processamento e no julgamento de Ação Direta de Constitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. A positivação da modulação temporal estendeu-se, posteriormente, aos âmbitos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, pela disposição do art. 11 da Lei nº 9.882/1999, e das súmulas vinculantes, pela disposição do art. 4º da Lei nº 11.417/2006.⁵⁴

3.2 A modulação temporal dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal: as particularidades do art. 27 da lei nº 9.868/1999

Muito embora caminhasse à restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ainda que de maneira preambular, na perspectiva histórica apontada, o STF apenas passou a aplicar a eficácia prospectiva no controle de constitucionalidade com maior segurança e convicção a partir do advento da Lei nº 9.868/1999. Pode-se dizer que essa inovação legislativa, na verdade, consagrou a ruptura com o paradigma absoluto da nulidade das normas declaradas inconstitucionais.

Acerca da designação explícita da modulação de efeitos no ordenamento pátrio, registrou Gilmar Mendes⁵⁵ ser “notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade”. Essa afirmação traduz, em sua essência, a percepção do legislador ordinário sobre a insuficiência da teoria da nulidade em abranger a realidade fática sobre a qual incidiu norma posteriormente declarada inconstitucional. Transpõe essa ideia a exposição de motivos do Projeto de Lei nº 2.960/1997, que originou a Lei nº 9.868/1999:⁵⁶

⁵³ Em sua literalidade, o art. 27 da Lei nº 9.868 dispõe que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

⁵⁴ Não se pretende, nesse estudo, explorar o conteúdo dos dispositivos análogos ao art. 27 da Lei nº 9.868/1999, por sua rara utilização em matéria tributária. O enfoque aqui dado refere-se, essencialmente, à lei que dispõe sobre o processamento e julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle...**, p. 317.

⁵⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.960/1997 (da Câmara dos Deputados)**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal

No momento atual, a falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

Mais à frente, ainda no que se refere ao Projeto de Lei, assenta-se a revisão da eficácia da declaração de inconstitucionalidade como necessária na seara da jurisdição constitucional:

Coerente com evolução constatada no Direito Constitucional comparado, a presente proposta permite que o próprio Supremo Tribunal Federal, por uma maioria diferenciada, decida sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fazendo um juízo rigoroso de ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional, de um lado, e os postulados da segurança jurídica e do interesse social, de outro (art. 27).

E, ao final das considerações sobre a possibilidade de modulação da eficácia temporal das decisões proferidas pelo STF, tem-se a elucidação da restrição dos efeitos enquanto meio de melhor se aferir a “vontade constitucional” em situações específicas:

Entendeu, portanto, a Comissão que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Promulgada a lei, suscitou-se discussão acerca da constitucionalidade de seu art. 27, judicialmente manifestada pelas ADIs nº 2.154/DF e 2.258/DF.⁵⁷ A argumentação como um todo abarca a valoração da teoria da nulidade do ato normativo declarado inconstitucional e da retroatividade de seus efeitos enquanto fórmula do princípio da legalidade consolidada jurisprudencialmente de maneira extensiva. Estando pendente a decisão sobre a inconstitucionalidade, adota-se como pressuposto metodológico da presente monografia a habituação da Corte à adoção da sistemática de manipulação dos efeitos temporais, deduzida a partir da aplicabilidade do instituto antes mesmo da edição da Lei nº 9.868/1999, como já se apontou. Considera-se, portanto, a validação implícita da disposição do art. 27 pelo Tribunal em decorrência de sua reiterada utilização enquanto fundamento da restrição dos efeitos temporais em sede de declaração de inconstitucionalidade.

De todo modo, é possível categorizar a aplicação da eficácia prospectiva da declaração de inconstitucionalidade como medida excepcional, resultando de um cauteloso juízo de proporcionalidade acerca da situação *in concreto* de inconstitucionalidade e da vontade

Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208355>>. Acesso em 29.10.2016.

⁵⁷ Até a data de entrega desta monografia, encontra-se suspenso o julgamento conjunto das ADIs nº 2.154/DF e 2.258/DF em razão de pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia.

constitucional. É somente pela consideração específica da lei impugnada e de seus reflexos pragmáticos que a Corte Constitucional consegue entrever a necessidade de modulação, e é somente pela ponderação de interesses e de valores que se estabelecem os limites à modulação.

Para poder afastar a teoria da nulidade do caso que analisa, então, o intérprete do Direito deve ter especial atenção à situação concreta de aplicação da lei questionada, mesmo que esteja decidindo em tese, observando todo comedimento e prudência possíveis para optar pela restrição da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Ademais, a análise a ser feita reclama sempre contemplar a razão de ser de determinada lei, o que se espera como resultado de sua inserção no ordenamento jurídico e o fim almejado pela edição normativa. A ideia é que a modulação seja utilizada apenas em último caso, quando não for possível conceber a retroatividade dos efeitos da norma inconstitucional sem incorrer em divergência ainda maior dos postulados da Constituição.

É exatamente o que se pode inferir da redação do art. 27. Ao estabelecer a formação de maioria de 2/3 dos membros do STF para decidir sobre a modulação de efeitos, a lei pretende traçar maior rigor na aplicação do dispositivo e configurar situação de excepcionalidade. Isso significa que a opção pela maioria qualificada traduz a complexidade de impedir que o afastamento da nulidade da norma inconstitucional passe a ser utilizado como a via de regra.

Nesse aspecto, importa destacar a taxatividade do dispositivo em estabelecer a maioria qualificada de 2/3 dos membros da Corte. A lei é expressa: ainda que haja ministros ausentes no Plenário, o quórum para a modulação da eficácia é fixo, porque se refere à totalidade da composição da Casa. São necessários, então, oito votos em favor da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Por isso, é contundente a conclusão de que decidir em favor da eficácia *pro futuro* abrange maior dificuldade em lograr êxito do que o procedimento ordinário de decisão por maioria absoluta (no mínimo de seis votos), justamente pela intenção do legislador ordinário em configurar o afastamento da nulidade como medida evidentemente excepcional.

Ademais, cabe apontar que o quórum necessário à modulação é estritamente aquele disposto na regra do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, distinguindo-se do quórum à declaração de inconstitucionalidade. Conforme preceituam o art. 97 da Constituição Federal e o art. 23 da lei em análise, para se declarar a inconstitucionalidade de um dispositivo normativo, é necessário o voto da maioria absoluta dos membros do STF, o que equivale ao pronunciamento favorável de ao menos seis ministros. A restrição dos efeitos da declaração

de inconstitucionalidade consiste, então, em etapa subsequente e categoria mais rígida no bojo do processo, ao exigir a orientação da Corte em número maior. Com isso, pode-se afirmar, mais uma vez, a intenção legislativa em se utilizar a modulação tão somente quando não houver alternativa viável.

De todo modo, quando se fizer indispensável, a modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade pode voltar-se à restrição de seus efeitos ou à limitação de sua eficácia para a partir do trânsito em julgado da ação ou de momento outro que os ministros julguem oportuno. Na última hipótese, se a Corte fixa um momento futuro para tornar a norma ineficaz, acaba por admitir que um ato declaradamente inconstitucional produza efeitos sem já não possuir a presunção de constitucionalidade de que se dotava antes do julgamento. Por esse disposição, depreende-se a ausência de limitação temporal ao juízo de escolha pela modulação dos efeitos, de forma que é possível que o STF estabeleça qualquer termo inicial para começar a fazer valer a declaração de inconstitucionalidade.

Noutro aspecto, o art. 27 também traz por requisito à modulação de efeitos a segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Sem a caracterização legal do conteúdo desses conceitos, atuam como fontes semânticas a doutrina e a jurisprudência de forma a possibilitar ao Supremo Tribunal a percepção e a justificação acerca da necessidade de se restringir a eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Essa atribuição de significado às ideias de “segurança jurídica” e de “excepcional interesse social”, porém, não pode se fazer sem a orientação das normas e dos princípios constitucionais – o delineamento deve ser nuclearmente jurídico, alocando ao plano secundário aspectos de heterointegração do Direito, como perspectivas de cunho político e econômico. Mais que isso, para que a modulação da declaração de inconstitucionalidade não implique suspensão provisória do texto da Constituição, ao favorecer os efeitos produzidos pela norma inconstitucional, a abordagem das “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, no texto do art. 27, deve desdobrar-se e remeter-se invariavelmente às disposições da Carta Magna, seja em relação às normas expressas, seja em relação aos princípios que elenca.⁵⁸

⁵⁸ Para Luís Fernando Belém Peres, “as razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social de que falam a lei não devem ser entendidas como uma abertura operacional do sistema jurídico, que, nos casos de modulação de efeitos no tempo das declarações de inconstitucionalidade, poderia passar a se reproduzir a partir de argumentos econômicos, políticos, religiosos, axiológicos ou morais” (PERES, Luís Fernando Belém. **Fundamentos dogmáticos para a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010, 205 f., p. 167).

Desenvolvem-se os conceitos por essa premissa. Em sentido mais extenso, a segurança jurídica figura como fundamento estrutural do próprio Estado de Direito.⁵⁹ Subentende-se, então, sua previsão no cerne do art. 1º da Constituição Federal, no que passa a ser subprincípio do Estado de Direito e a emparelhar a ideia de justiça material.⁶⁰ Quando assume a interpretação de ser a certeza de afirmação do Direito, em sentido quase literal, a segurança jurídica também se evidencia como pressuposto dos princípios da isonomia, da legalidade e da irretroatividade das leis e, ainda, das concepções de direito adquirido, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada, todos constantes do art. 5º.

A vinculação da segurança jurídica à Carta Magna é, portanto, incontestável, porque compõe organicamente uma numerosidade de princípios transpostos, sendo decorrência da valoração constitucional como um todo – ainda que de forma implícita, trata-se de sua positivação. Nessa análise, constata-se que a ideia mais básica de segurança jurídica é a de constituir a garantia dos direitos fundamentais atribuídos ao cidadão em frente da arbitrariedade estatal. Disso também decorre a compreensão de solidez das relações entre o particular e o Poder Público e de previsibilidade da aplicação normativa quando subsumidos os fatos sociais, permitindo que os indivíduos entendam perfeitamente o sentido de suas condutas na universalidade do Direito e possam antecipar as implicações legais e administrativas quando provocada a ação do Estado.

É de se minuciarem os desdobramentos da segurança jurídica na estabilidade da ordem jurídica e estatal em sua essência. Por tal ângulo, a segurança jurídica transpõe-se à tutela da higidez das relações interpessoais, da efetividade contratual, da estabilidade da aplicação normativa e da regulação da produção legislativa, da constância dos institutos jurídicos consagrados e da uniformidade das decisões jurisprudenciais. Alinha-se a isso a lição de Luís Roberto Barroso,⁶¹ que formula a segurança jurídica enquanto conjunto de valores cujo conteúdo abrange:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;

⁵⁹ Diz Humberto Ávila que a segurança jurídica é “uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais” (ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 274).

⁶⁰ STF. **MS nº 24.268/MG**, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.02.2004 e DJ de 16.02.2004.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 104.

3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto o que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Canotilho,⁶² ao compreender a segurança jurídica pela ideia de proteção da confiança, esboça como exigências “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que, em relação a eles, o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos”.

Disso, pode-se entrever a segurança jurídica como forma de consolidar a confiança no processamento das situações jurisdicionadas, homenageando as situações consolidadas com base no que se entendia por Direito à época e resguardando-as da natureza de reinvenção própria das normas jurídicas e do processo legislativo diante da transformação da realidade social. Então, a segurança jurídica acaba por perfazer, ao mesmo tempo, os dois vieses das normas jurídicas, porque abrange tanto a produção legislativa quanto a aplicação de legislação emanada no contexto de uma decisão judicial.⁶³

Acerca da aplicação da segurança jurídica enquanto pressuposto da modulação de efeitos, é de se contemplar o resultado da retroatividade dos efeitos produzidos pela norma declarada inconstitucional. A extirpação da lei da ordem jurídica reveste-se de certa radicalidade, podendo ser mais drástica à situação concreta do que a nulificação da eficácia já deslanchada. E tal possibilidade importa que sempre se considere a análise perspectiva da realidade concreta, que pode demandar a preferência pela situação blindada pelo tempo ao absolutismo da adoção da teoria da nulidade, sob pena de maior afastamento da vontade constitucional do que a própria inconstitucionalidade da norma.

E mais: inegável é que a Constituição Federal expressamente protege a coisa julgada, por ter sido social e juridicamente consolidada ao seu tempo. Seria incoerente, portanto, que a nulidade da eficácia da lei açoitada pudesse envolver a *res judicata*, que, pela postulação constitucional, figura ordenadamente como verdade formada com vistas à pacificação social e ao não prolongamento dos litígios. Na ponderação de princípios, a proteção à coisa julgada impera sobre a nulidade da norma inconstitucional, reclamando a modulação de efeitos e justificando-se pela ideia de segurança jurídica.

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257.

⁶³ PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 96.

Por tal dito, tem-se que a arguição de preponderância da segurança jurídica sobre o dogma da nulidade do ato normativo inconstitucional tem lugar somente se observadas as particularidades da realidade fática e, principalmente, as preceituações constitucionais que lhe dão suporte. O objetivo, ao fundo, é de estabilizar as relações sociojurídicas a serem regidas pelo que estabelecer a decisão. Se constatado que a fulminação dos efeitos da norma impugnada traz mais desordem e insegurança do que a sua permanência em determinado lapso temporal estabelecido pela Corte, a justificação pela segurança jurídica para a restrição da eficácia da declaração de inconstitucionalidade é impreterível.

Alternativamente, a motivação para a modulação de efeitos por meio do excepcional interesse social, como já se explicou, também se atrela estruturalmente às determinações da Constituição Federal, seja pela linha normativa, seja pela linha principiológica. Contudo, dissonante da positivação implícita da segurança jurídica, o conceito de excepcional interesse social revela-se indeterminado no corpo constitucional, cabendo à doutrina e à jurisprudência delimitar melhor seu conteúdo.

A primeira proposição que se faz para o entendimento de interesse social é diferenciá-lo de interesse estatal, diante da constante utilização pela doutrina da terminologia genérica de “interesse público” para se referir às duas tipologias. A melhor definição decorre do Direito Administrativo, em que o interesse estatal vincula-se à Administração Pública e o interesse social vincula-se aos administrados. É o que se depreende da doutrina de Hely Lopes Meirelles,⁶⁴ quando assinala que “os bens desapropriados por interesse social não se destinam à Administração ou a seus delegados, mas sim à coletividade ou, mesmo, a certos beneficiários que a lei credencia para recebê-los e utilizá-los convenientemente”.

Transpondo essa ideia à seara constitucional, vaticina Regina Nery Ferrari⁶⁵ que

quando a lei se refere à tutela do excepcional interesse social, não quer dizer a tutela o interesse de uma parte, que é um interesse secundário, mas que é comprovada a existência do interesse público primário capaz de legitimar sua resolução, e que o Tribunal, no momento de determinar a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, está obrigado a respeitá-lo, isto é, a considerá-lo.

A segunda proposição é distinguir interesse social de interesse privado. O interesse social pode ser entendido como a soma dos interesses individuais ou coletivos prevalentes em relação ao Estado.⁶⁶ Em contrapartida, o interesse privado por si só diz respeito a interesses

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 578.

⁶⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Op. cit., p. 313

⁶⁶ Cf. ÁVILA, Ana Paula. **A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição do art. 27 da Lei nº 9.868/1999**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

individuais ou coletivos específicos, considerados no contexto das relações interindividuais.⁶⁷ Nessa alçada, pelo enquadramento geral de interesse social na concepção de interesse público, expressa-se o princípio administrativo de supremacia do interesse público sobre o privado. No apontamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro,⁶⁸

as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a idéia do homem com fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Elevando a temática à curvatura da modulação, coloca-se a necessidade de ponderação entre os interesses público e privado antes de definir propriamente a supremacia do interesse público, que seria justificativa à operação manipulativa da eficácia da decisão. Tal passa a configurar critério indispensável no procedimento do Supremo Tribunal Federal, sem o qual não se pode intentar a restrição de efeitos para sobrepor o interesse público ao particular.⁶⁹

Intentada a definição de interesse social pelo que se difere dos conceitos de interesse estatal e de interesse particular, convém afirmar, ainda, a incipiência da teoria constitucional em determinar juridicamente o que seriam razões de excepcional interesse social. Tal se explica pelo fato de a significação do conceito ser eminentemente discricionária. Por isso, é muito mais simples conceituar o interesse social (ou público, em um sentido mais extenso) no âmbito do Direito Administrativo. Por exemplo, tratando-se de desapropriação por interesse social, fica evidente a finalidade de redução das desigualdades sociais existentes quando a Administração Pública redistribui pela reforma agrária as propriedades que não cumprirem com sua função social. Nessa situação, o ente administrativo emite juízo político de conveniência e de pertinência da desapropriação de propriedade rural que, improdutiva, não se volta ao bem-estar da coletividade,⁷⁰ consistindo no que chama a doutrina de desapropriação-sanção.⁷¹

⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. In: MELLO JUNIOR, João Cândio de. **O conceito polêmico de interesse público**. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público, 1994, p. 294.

⁶⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 19ª ed. Editora Atlas. São Paulo, 2006, p. 69.

⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais. In: SARMENTO, Daniel (org.). CÂMARA, Alexandre Freitas et al. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 35.

⁷⁰ Cf. STF. **MS nº 24.595/DF**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20.09.2006 e DJ de 09.02.2007; **MS nº 24.573/DF**, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, julgado em 12.06.2006 e DJ de 15.12.2006; **MS nº 22.591/PB**, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 20.08.1999 e DJ de 14.11.2003.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 578.

No universo jurídico, parece estranho pensar na operação da modulação de efeitos pela arbitrariedade e pela indeterminação constitucional do conceito, se considerada a intenção legislativa em caracterizar a excepcionalidade da medida. Mais ainda, se considerada a teoria da nulidade da declaração de inconstitucionalidade como dogma consagrado da ordem jurídica e largamente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, a justificativa do excepcional interesse social demonstra-se ser insuficiente ao seu afastamento. Sentido alinhado a esse assume a crítica feita por Ana Paula Ávila⁷² ao requisito alternativo do excepcional interesse social:

A ausência de suporte na Constituição, por si só, permite que se questione a possibilidade de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base no excepcional interesse social. É que, resgatando o que se vem sustentando desde o início dessa investigação, diante da necessidade de manutenção da supremacia da Constituição (sob pena de ruptura da própria ordem constitucional), a modulação de efeitos somente estará autorizada na medida em que contemplar a aplicação de outras normas constitucionais que, após justificada ponderação, se sobreporiam àquela que foi violada pela lei declarada inconstitucional. Aliás, existentes os fundamentos naquelas normas, o termo torna-se até mesmo dispensável, pois assegurar a supremacia da Constituição já implicaria, naturalmente, a proteção dos efeitos. No entanto, é fato que falece ao excepcional interesse social previsão constitucional que lhe sirva de fundamento, ao contrário do que ocorre com a segurança jurídica, que, como fora visto, trata do princípio que conta com ampla fundamentação constitucional e com conteúdo delineado.

Sob esse aspecto, a autora vai mais longe ao apontar a existência de conflito entre a utilização do excepcional interesse social e a própria segurança jurídica:

A absoluta indeterminação deste conceito contrasta com o próprio princípio constitucional da segurança jurídica, à medida que dele decorre a exigência de mecanismos que assegurem a previsibilidade e certeza à ordem jurídica. Ora, a utilização de expressão com tamanha fluidez e ambigüidade no significado torna o preenchimento do conceito um processo cujo resultado é “imprevisível”, impedindo que se assegure a previsibilidade necessária à manutenção da ordem jurídica como um todo. E, se essa expressão contrasta com a segurança jurídica, contrasta também com o próprio princípio do Estado de Direito ao qual a segurança serve de suporte. A conclusão parece lógica e insofismável, razão porque há que levar a sério o argumento no sentido de que a utilização do art. 27, esteada no excepcional interesse social, é inconstitucional por desconformidade aos princípios fundamentais da Constituição.

Diante dessa antinomia e da insatisfatória determinação conceitual do excepcional interesse social, a única solução palpável à permanência desse requisito para a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade parece ser a sua estrita interpretação conforme à Constituição, vinculando-o às disposições referentes aos direitos sociais mais fundamentais e aplicando-o de maneira residual à segurança jurídica, ou, até mesmo, remetendo a ela em sua base. É que não se pode admitir que a decisão pela modulação justificada pelo interesse social seja deficiente de fundamentação jurídico-constitucional adequada, porque não

⁷² ÁVILA, Ana Paula. Op. cit., p. 165.

consistiria em razão satisfatória à supressão da nulidade da norma inconstitucional.⁷³

3.3 A possibilidade de modulação temporal dos efeitos no controle difuso: o histórico de aplicação e a previsão do Código de Processo Civil de 2015

Com a efetiva instituição legal da modulação dos efeitos temporais no controle abstrato pelo art. 27 da Lei nº 9.868/1999, ganhou destaque a discussão acerca da possibilidade de aplicação do instituto em caráter difuso. Nesse contexto, cabe rememorar, de início, que, antes mesmo da edição legal, o STF já cogitava restringir os efeitos das declarações de inconstitucionalidade em casos específicos, principalmente em sede de modelo difuso. Por essa razão, logo superou-se o preciosismo de atinência à manipulação em abstrato e resolveu-se pela equivalência da técnica ao controle difuso.

A ideia de se lançar a modulação temporal dos efeitos no controle difuso parte sumariamente do pressuposto de que a regra do art. 27 da lei das ADIs não é autorizatória, mas meramente interpretativa. E tal derivaria da própria fundamentação do dispositivo nos postulados constitucionais, argumento que dá azo à afirmação de que, sendo valorada constitucionalmente, a restrição dos efeitos de uma lei inconstitucional se estruturaria por si só na Constituição.

É o que asseveram Ives Gandra e Gilmar Mendes,⁷⁴ ao constatar que “a decisão do Supremo Tribunal não decorre da disposição legislativa contida no art. 27, mas da própria aplicação sistemática do texto constitucional”. A tese de que a disposição legal para a modulação delimita-se ao controle abstrato é desatenciosa, porque o art. 27, na realidade, “apenas explicita, estrutura e declara o que o Tribunal pode fazer a partir do próprio Texto

⁷³ É interessante a proposta de Luís Fernando Belém Peres pela “interpretação à expressão “excepcional interesse social” (paralelamente àquela que reconduz as “razões de segurança jurídica” ao próprio princípio da segurança jurídica) que a assimile a qualquer outro dispositivo constitucional – a obediência às normas constitucionais é, afinal, sempre uma questão de singular relevo para toda a coletividade – que, numa dada situação litigiosa, se contradiga à aplicação plena da sanção de nulidade, a título de proteger um ou vários dos efeitos produzidos pela lei inválida. Em outras palavras, o “excepcional interesse social” deve ser compreendido como uma cláusula geral, residual relativamente ao princípio da segurança jurídica, capaz de deixar aberta a possibilidade de que haja princípios ou regras constitucionais impassíveis de serem capituladas de antemão, mas que venham a agasalhar a eficácia que um diploma inconstitucional emanou durante certo interregno. Na prática, é como se afirmássemos que a aplicação da sanção de nulidade, em toda a sua abrangência, poderia sofrer temperamentos advindos do princípio da segurança jurídica, ou de algum outro princípio ou regra constitucional que num primeiro momento se apresentasse como candidato a suportar a proteção normativa de parte dos efeitos concretos produzidos pela lei fustigada” (PERES, Luís Fernando Belém. op. cit., p. 167).

⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 497.

Constitucional”.⁷⁵ Dessa maneira, a supressão da teoria da nulidade em favor da eficácia prospectiva em casos excepcionais, independentemente do instrumento de controle constitucional que esteja em epígrafe, baseia-se nas “normas constitucionais que tutelam a manutenção das situações geradas pela norma inconstitucional”.⁷⁶

Tem-se, então, como competência implícita do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de restringir a eficácia temporal de suas decisões, porque esta decorreria de interpretação da ideia de segurança jurídica presente na Constituição Federal em favor das situações consolidadas no tempo pela norma dita inconstitucional. O art. 27 da Lei nº 9.868/1999, em verdade, disciplina como deve o Tribunal proceder à modulação, elegendo o quórum necessário, o momento em que a decisão passa a imprimir efeitos e a justificação material de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. E, por isso, defende-se que o regramento para a manipulação difusa da eficácia temporal compreenda remissão analógica à norma que disciplina o mecanismo no controle abstrato de constitucionalidade.

É o que se apercebe da prática jurisprudencial. O STF parece bem ter recebido a modulação de efeitos nas duas vias de aplicação, tanto em caráter concentrado, quanto em caráter incidental. Para ilustrar, elenca-se o emblemático julgamento do RE nº 197.917/SP,⁷⁷ em que se declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela por haver fixado o número de vereadores de maneira desproporcional ao que determina a Constituição. Inaugurando a manipulação da eficácia temporal no controle difuso, a Corte decidiu por atribuir eficácia *pro futuro* à declaração de inconstitucionalidade, não afetando, assim, a composição da legislatura da Câmara Municipal à época do julgado. Ao final, determinou também que o Poder Legislativo local procedesse à adequação de sua composição aos parâmetros constitucionais estabelecidos, de forma que os critérios fixados pelo STF, na análise constitucional, fossem aplicados no pleito eleitoral seguinte.

Desde então, o Tribunal vem-se mostrando favorável à modulação temporal dos efeitos no controle difuso, colecionando variadas discussões⁷⁸ em que reafirmou a possibilidade de aplicação do instituto. A adoção desse instituto deixou de ser novidade.

⁷⁵ STF. **RE nº 442.683/RS**, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 13.12.2005 e DJ de 24.03.2006.

⁷⁶ ÁVILA, Ana Paula. Op. cit., p. 60.

⁷⁷ STF. **RE nº 197.917/SP**, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002 e DJ de 07.05.2004.

⁷⁸ Para exemplificar, cf. STF. **RE nº 395.902/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 07.03.2006 e DJ de 17.03.2006; **RE nº 353.657/PR**, rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 25.06.2007 e DJ de 07.03.2008; e **RE nº 560.626/RS**, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.06.2008 e DJ de 28.11.2008.

Importa destacar, contudo, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio Mello,⁷⁹ que se manifesta contrário à operação de restrição dos efeitos das decisões, atribuindo tal sentido inclusive ao voto vencido que proferiu no precedente de Mira Estrela. No RE nº 363.852/MG,⁸⁰ de que foi relator, assentou nas exatas palavras:

Tenho me posicionado, até mesmo em processos objetivos, quanto à necessidade de se adotar postura pedagógica, não se estimulando o descumprimento da Carta Magna. Tenho votado no sentido da eficácia da Lei Maior tal como se contém, independentemente da guarda – e se tem a guarda, não a possibilidade de mitigação – atribuída ao Supremo.

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 638.115/CE,⁸¹ declarou o Ministro:

Sou contra, todos sabem, a modulação das decisões judiciais, em especial, em processo subjetivo, em que há conflito de interesse definido, e não posso dizer simplesmente que o recorrente, que vislumbra o direito reconhecido pelo Supremo, ganha, mas não leva. O caso não é de molde a caminhar-se para o temperamento da decisão. Entendo que não se deve abandonar os muros subjetivos do processo, e como que transformá-lo em objetivo, para resguardar, sem a audição sequer das partes, situações que foram constituídas à margem da legislação de regência.

Tem-se por legítima a preocupação demonstrada pelo Ministro. No controle difuso, a ação intentada pelo particular comporta pedido principal concreto e específico de fazer valer direito que pense ter e que se esteie no fato de o ato normativo que rege a situação fática descrita ser inconstitucional. Vislumbrar eventual inconstitucionalidade, portanto, passa a ser questão incidental a ser discutida pelo Supremo Tribunal, porque é justamente a causa de pedir que validaria o pleito do particular. Nesse caso, a modulação de efeitos parece ser lesiva ao litigante, por mais que seja atribuída razão à sua postulação jurídica fundada na inconstitucionalidade da norma: embora a declaração de inconstitucionalidade seja decorrente de sua procedência ao Judiciário, a parte não vê o resultado da provocação judicial que fez.

Em face disso, há de se defender que a operação manipulativa dos efeitos temporais no controle difuso seja feita de forma ainda mais excepcional do que no controle abstrato, por se tratar de situação em que existem interesses concretos a serem tutelados pelo Direito. E mais: é necessário que se faça a opção pela modulação difusa apenas nos processos concretos que abranjam repercussão geral,⁸² em razão da extensão que o instituto dá aos efeitos

⁷⁹ Importante afirmar que, na composição atual do STF, o posicionamento do Ministro Marco Aurélio Mello em favor da nulidade de pleno direito da norma declarada inconstitucional costuma consistir voto vencido. A orientação da Corte é aplicar a modulação sempre que se demonstre necessária, adotando uma perspectiva pragmática de observação dos efeitos concretos da norma fustigada no tempo em que era dotada de presunção de constitucionalidade.

⁸⁰ STF. RE nº 363.852/MG, rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 03.02.2010 e DJ de 18.06.2010.

⁸¹ STF. RE nº 638.115/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.03.2015 e DJ de 03.08.2015.

⁸² Cf. Art. 102, § 3º, da Constituição Federal de 1988; art. 998, parágrafo único, art. 1.030 e art. 1.035 do Código de Processo Civil de 2015; e art. 322 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

deslanchados, que passam a abranger oponibilidade *ultra partes*. Dessa maneira, nos processos de tramitação anterior à instituição do regime da repercussão geral como pressuposto de admissibilidade de recurso extraordinário, não deve o STF restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dada a eficácia meramente *inter partes* de que dispõem.

A título elucidativo, cabe definir melhor a repercussão geral dos recursos extraordinários do STF. Figurando como pressuposto de admissibilidade vinculado à questão constitucional objetiva da causa, esse instituto atribui transcendência da eficácia *inter partes* tradicional dos processos subjetivos. Com isso, a provocação da Corte para tutelar interesses pessoais deve demonstrar relevância econômica, política, social ou jurídica, porque a tese a ser fixada vai valer para além do caso analisado, eleito como paradigma, irradiando-se para todos os processos que se fundem em idêntica controvérsia. Após o reconhecimento da repercussão geral da matéria controvertida pela votação digital dos Ministros no Plenário Virtual, impõe-se como método procedimental a afetação dos paradigmas selecionados pelo tribunal de origem e o sobrestamento de todos os processos análogos em território nacional. Finalmente, a partir da prolação de decisão pelo Supremo, tem-se a aplicação uniforme da tese jurídica fixada no todo do ordenamento.

Sobre o tema em análise, mencionam-se ainda o advento do Código de Processo Civil de 2015⁸³ e as inovações que trouxe em seu corpo textual. A nova lei tem por objetivo claro a consolidação da segurança jurídica e a proteção à confiança e à boa-fé nas relações jurisdicionadas. Para Luiz Fux,⁸⁴ Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil, “o novo CPC é um ordenamento lavrado à luz da novel axiologia constitucional que prevê como direito fundamental a ‘segurança jurídica’ que se subdivide em segurança judicial e segurança legal”. Faz muito sentido, então, o assentamento da modulação de efeitos nas disposições processuais, de maneira a consubstanciar a tendência da Corte Constitucional em resguardar as situações pretéritas consolidadas em seu tempo, quando se fizer necessário.

É essa a consideração dos arts. 525, § 13, e 535, § 6º, quando possibilitam, em nome da segurança jurídica, que se modulem no tempo os efeitos da decisão do STF no caso de ser constatada a inexigibilidade de obrigação decorrente de sentença judicial fundada em lei ou em interpretação de lei consideradas pela Corte como incompatíveis com a Constituição

⁸³ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁸⁴ FUX, Luiz. **O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa**. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

Federal, seja no controle concentrado, seja no controle difuso. Mais à frente, na disposição de seu art. 927, § 3º, o Código de Processo Civil de 2015, pautado agora tanto pelo interesse social quanto pela segurança jurídica, estabelece novamente a possibilidade de manipulação da eficácia das decisões, quando se tratar de “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”.

Ressalte-se a introdução expressa do processamento de recursos repetitivos no âmbito do STF pelo CPC/2015, consolidando a prática que já era feita pela Corte como mais um mecanismo de extrapolar a eficácia interpessoal das decisões.⁸⁵ Aduz Cassio Scarpinella Bueno⁸⁶ que

no novo CPC, não só o recurso especial mas também o recurso extraordinário passa a receber disciplina de recurso repetitivo. É inegável, assim, o avanço do novo CPC em relação à disciplina do art. 543-B do CPC de 1973, que, em rigor, não admite o processamento e o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, mas, menos que isso, apenas a discussão sobre recursos extraordinários múltiplos apresentarem, ou não, repercussão geral. Ademais, é inegável que o art. 543-C do CPC de 1973 limita-se à disciplina dos recursos especiais repetitivos, não obstante a prática do STF ter consagrado também o processamento dos extraordinários como repetitivos.

No que tange ao Supremo Tribunal Federal, a relevância prática dos novos postulados normativos é muito pequena: a viabilidade da modulação de efeitos – qualquer que seja o meio de controle de constitucionalidade adotado – já é assunto cediço e pacificado pela Corte. Contudo, insta afirmar que a introdução dessa técnica manipulativa das decisões no Código de Processo Civil presta-se a solucionar o debate incitado acerca da inexistência de dispositivo legal que previsse a modulação no controle difuso. Agora, a aplicação do instituto não é mera dedução lógica do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, embora subsista a aplicação analógica sobre os requisitos para decidir pela modulação, mas alberga previsão expressa no ordenamento pátrio. A inovação feita refere-se, de fato, às situações em que há alteração de jurisprudência dominante.

De todo modo, cumpre capitular a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso enquanto estrutura compatibilizada com os ditames constitucionalmente estabelecidos e orientados pela segurança jurídica e, agora, enquanto

⁸⁵ No presente momento, não é profícuo delongar nas implicações dessa inovação no âmbito do Supremo, que tão somente positivou uma prática recorrente. Melhor delimitação do assunto será feita na parte que trata sobre os recursos especiais repetitivos do STJ, porque a repercussão da previsão do CPC foi consideravelmente maior, favorecendo a discussão sobre a modulação de efeitos, que sempre foi reticente na Corte Superior. Ademais, há de se considerar a aplicação do procedimento no STJ como simétrica ao STF, vez que o regramento processual trata genericamente dos “tribunais superiores”.

⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva: 2015, p. 675.

estrutura expressamente alicerçada na ordem jurídica nacional pela regulação do Código de Processo Civil de 2015. Ficam, então, em segundo plano quaisquer levantamentos pela inaplicabilidade do instituto ao modo difuso por falta de prescrição normativa específica e até mesmo os levantamentos pela sua inconstitucionalidade, que, por ora, se reduzem à controvérsia do controle abstrato nas ADIs nº 2.154/DF e 2.258/DF, pendentes de julgamento. Por essa razão, considera-se na análise aqui feita a assimilação da modulação – das duas formas de controle – pelo Supremo Tribunal Federal, que, mesmo ciente das ponderações sobre sua desconformidade constitucional, segue utilizando-a até que passe a entender de forma diversa.

4. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 A vinculação atípica dos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça

Outra questão que merece ser assinalada é a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões emitidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Sem embargo, antes de afirmá-la, faz-se determinante caracterizar a feição que assumem os precedentes judiciais consolidados na tentativa de uniformizar a interpretação da legislação federal no território nacional. Evidencia-se desde logo a vinculação atípica que comportam, decorrente do grau repercussivo que têm os julgados dos tribunais superiores na criação do Direito aplicado pelos tribunais ordinários.

Essa percepção do que se pode chamar de “função criadora da jurisprudência” tem origem na tendência da doutrina moderna em conceber a ideia de uma interpretação dinâmica e progressista da posituação seca das leis. Para Martinho Garcez Neto,⁸⁷ a jurisprudência formulada é “um postulado indestrutível do progresso jurídico”, de forma que o juiz passa a ser visto como “autêntico criador do Direito, um legislador suplente, quando concretiza norma individual, quando se desata em toda plenitude a sua participação no processo dinâmico de criação da ordem jurídica”.

Some-se a isso a constatação de que, no decorrer do tempo, a legislação e os atos normativos como um todo passam por um constante processo evolutivo de adequação, e até readequação, às transformações pragmáticas da sociedade. Sendo assim, considera-se que, por mais que a intenção do legislador ordinário possa ter assumido forma específica em determinado momento histórico, não se pode avocar que o que se teve como verdade em tal contexto perdurará da mesma maneira no futuro, condicionando-o. É nessa linha de considerações que se salienta o papel do Judiciário em reajustar as interpretações outrora dadas aos dispositivos legais a que se subsumem os fatos sociais, transpondo à jurisprudência revisitada a realização efetiva do Direito, mesmo que não seja lei em sentido estrito.⁸⁸

Diz-se então que a consolidação de jurisprudência se dota de caráter criativo para readequar as instituições jurídicas existentes. Nesse ponto, poderia se arguir a usurpação da

⁸⁷ GARCEZ NETO, Martinho. **Função criadora da jurisprudência**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.5, n.19, 2002, pp. 46 et seq.

⁸⁸ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil**. Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 257 f., p. 84.

competência do Poder Legislativo e o rompimento com o princípio da separação de poderes, consolidando visão positivista e restrita do processo de criação do Direito. Rebate-se a crítica pela afirmação de que a construção jurisprudencial não suprime a construção legislativa, tampouco se sobrepõe a ela. O que se tem, de fato, é o equilíbrio entre a produção da norma pelo Legislativo e a sua determinação mais precisa pelo Judiciário, que, em caráter complementar, coadunam a melhor aplicação jurídica dos institutos legais. Aponta nessa ordem a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni.⁸⁹

Quem vê problemas na imposição obrigatória de determinada interpretação da lei parece não ter percebido que o Judiciário, muito mais do que fixar interpretação da lei, tem o poder de, a partir da Constituição, negar a lei, alterá-la ou mesmo criá-la diante de omissão ou insuficiência capaz de inviabilizar a tutela de direito fundamental. Ora, não é preciso muito esforço para entender que se o juiz, singularmente, pode controlar a constitucionalidade da lei, os tribunais superiores evidentemente podem decidir com força obrigatória sobre todos os membros do Poder Judiciário.

Cumpre, ainda, fazer temperamento de que o viés de criação jurídica atribuído à jurisprudência deve se restringir à alçada dos tribunais superiores, notadamente por sua função precípua de determinar a interpretação que deve ser dada à organização normativa. É de se observar que suas decisões voltam-se a orientar o sentido perfilhado pelas sentenças proferidas nos tribunais hierarquicamente inferiores, servindo-lhes inclusive como fundamento e razão de decidir.⁹⁰ Na maestria de Antônio de Pádua Nogueira,⁹¹ a jurisprudência dos “órgãos judiciários de cúpula” consiste em “complemento da atividade legiferante, participando do processo de criação do direito”, perpetrando “incidência vertical em relação aos demais órgãos do Judiciário”. Pode-se dizer que nisso reside a atribuição normativa das decisões dos tribunais superiores, afinal, embora não tenham seus precedentes “caráter vinculante decorrente de expressa menção em lei, são aptos a reproduzir efeitos tal como se tivessem força obrigatória”.

É precisamente mais fácil entrever a vinculação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, talvez pela existência das denominadas súmulas vinculantes ou pela possibilidade de proferir uma decisão em abstrato. Pode-se dizer, assim, que tal vinculação é típica, por se positivar expressamente no ordenamento constitucional. Do mesmo modo, costuma-se

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 203.

⁹⁰ Sobre o assunto, Elpídio Donizzetti equipara a eficácia normativa dos precedentes da jurisdição superior ao *stare decisis* do direito consuetudinário. Para ele, “além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória)” (**A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil**. Salvador: Revista Direito UNIFACS, n. 175, 2015, p. 4. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em 16 de outubro de 2016).

⁹¹ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Op. cit., pp. 76-89.

atribuir atipicamente eficácia vinculante às decisões dessa Corte em geral pelo fato de estabelecerem o sentido interpretativo da Constituição a ser adotado pelo Poder Judiciário, mesmo que se tratando de jurisprudência consolidada de maneira difusa.

Com efeito, pelo que já se pontuou, a vinculação dos efeitos da jurisprudência fomentada é própria dos tribunais superiores em sua essência, neles incluído o Superior Tribunal de Justiça. Configurando-se de maneira anômala por não haver a disposição normativa sobre o assunto, a força vinculante dos julgados da jurisdição superior espalha-se por toda a jurisdição inferior, na medida que o desalinhamento da decisão ordinária ao que preceituou a jurisprudência hierarquicamente superior traduz a possibilidade automática de revisão, bastando a interposição pela parte insatisfeita de recurso de natureza extraordinária, que não se direciona necessariamente “à correção da injustiça do decisum recorrido”, mas sim à “preservação da ordem jurídica e do interesse público”.⁹²

No caso do STJ, a importância constitucional que lhe é dada enseja na força anômala que têm os seus precedentes em repercutir no ordenamento infraconstitucional. Antônio de Pádua Nogueira⁹³ amplifica esse entendimento:

Patenteada está a elevada missão institucional do STJ, de uniformização da exegese das leis nacionais, para que estas tenham apenas uma só leitura, impedindo que haja decisões discrepantes para situações absolutamente iguais, prestigiando-se o princípio da isonomia. Sob tal prisma, apresenta-se nítida a função dos seus precedentes, consistente em estabelecer um só regramento que decorra de uma dada inteligência da lei, a qual deverá ser seguida por todos os demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro, sob pena de violar a própria razão de ser do art. 105 da CF/88.

Nessa mesma linha, acrescenta Luiz Alberto Gurgel de Faria,⁹⁴ ao comentar o art. 927 do CPC/2015 (grifos nossos):

O dispositivo em estudo é daqueles que certamente ampliará o universo dos debates, até pela forma de sua redação: “Os juízes e os tribunais observarão...”, no sentido de que eles deverão cumprir e respeitar o que está disciplinado nos incisos seguintes. Na verdade, a interpretação deste preceito há de ser feita de forma sistemática com o contido no art. 988 do NCPC, como também nos arts. 102, I, “I”, e 105, I, “I”, da CRFB/1988. **O respeito à autoridade das decisões do Pretório Excelso e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem arrimo na Lei Maior, que prevê o ajuizamento de reclamações para preservar tal autoridade, de modo que o efeito vinculante é indubitável quanto a tais situações.**

Ademais, a ideia de vinculação dos precedentes do STJ tem ainda mais peso quando considerada a intenção específica da Constituição Federal de 1988 em lhe atribuir a competência das causas de direito infraconstitucional, elevando-o a órgão de cúpula da justiça

⁹² NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Op. cit., pp. 88-90.

⁹³ Ibid., p. 90.

⁹⁴ ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1062.

comum. Criado para descarregar o STF do volume excessivo de processos, o STJ assumiu o papel do Supremo Tribunal na uniformização da interpretação das leis federais, originando-se, portanto, da mera separação das competências do que agora é a Corte Constitucional brasileira. Dessa derivação do STJ para apossar-se de competência originária do STF, formula-se a legitimação comum da jurisprudência de ambos os tribunais em prescrever os caminhos que devem seguir as decisões da justiça ordinária, alastrando pelo ordenamento a vontade constitucional de segurança jurídica – tal nada mais é do que a abstração da força vinculante dos julgados da jurisdição extraordinária.

4.2 O surgimento dos recursos especiais repetitivos

Assentada a vinculação anômala dos precedentes firmados pelo STJ, procede-se a contornar a temática dos recursos especiais repetitivos, que atribuem eficácia mais abrangente aos julgados ao aplicar a mesma solução jurídica aos processos de mesma matéria. Tal consideração é importante para estabelecer o cabimento da modulação de efeitos no âmbito do Tribunal, porque essa tipologia sistemática é o que possibilita o desmembramento da tese firmada das especificidades do caso concreto, podendo repercutir nas ideias de segurança jurídica do ordenamento e de excepcional interesse social.

O histórico antecedente à instituição desse mecanismo circunda a sobrecarga de litígios jurisdicionados no STJ e o tratamento jurídico incongruente dado a demandas judiciais análogas na justiça comum. Com base nessas duas premissas, foi editada a Lei nº 11.672/2008, estabelecendo a sistemática dos recursos repetitivos para julgar as demandas notadamente fundadas na mesma causa de pedir e fixar a tese a ser aplicada de maneira homogênea, similarmente ao que ocorre no processamento dos recursos extraordinários com repercussão geral no caso do STF.

É de se afirmar característica peculiar dos recursos especiais que possibilitou a sistematização das demandas de massa: a competência que lhe atribui a doutrina processualista de reinterpretação de tese sobre lei federal julgada improcedente no juízo *a quo*. Divergindo de outras espécies recursais existentes, os recursos desse feitio não servem para revisar as decisões ordinárias do litígio como um todo, tampouco para abranger as particularidades concretas do caso, mas para estabelecer o entendimento de tese interpretativa da legislação infraconstitucional a ser adotado por todo o Poder Judiciário. Não prosperam, portanto, eventuais críticas que se possam fazer ao que pode parecer a supressão do contraditório e da ampla defesa, porque a função própria dos recursos especiais é meramente

a de reapreciar a tese – que é a mesma, ressalte-se, no caso dos recursos repetitivos – e não a situação fática que deu origem à provocação judicial.⁹⁵

A inovação legislativa em comento acrescentou ao CPC/1973, estruturação normativa vigente à época, o art. 543-C.⁹⁶ Dessa maneira, quando houvesse multiplicidade de recursos especiais fundados na mesma questão de direito, o Superior Tribunal de Justiça adotaria a sistemática procedimental do novo dispositivo em detrimento do processamento comum da causa. Em linhas gerais, o seguimento do rito se daria a partir da seleção de um ou de alguns recursos especiais formalmente imaculados para consolidar paradigma representativo da controvérsia repetitiva a ser afetado à Corte Especial ou à Seção do STJ responsável pelo tratamento da matéria. Os demais processos seriados, por sua vez, quedariam retidos nos juízos de origem, tendo sua tramitação suspensa até o pronunciamento final da Corte Superior. Finalizado o julgamento, a decisão emitida pelo STJ teria o condão de orientar e de determinar a linha a ser seguida na decisão ordinária, emparelhando a tese que firmou igualmente nos processos que se encontravam pendentes para aguardar o julgamento de recurso repetitivo representativo da controvérsia.

⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. 54ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 720.

⁹⁶ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo. (**Código de Processo Civil de 1973**).

Acerca da força operante das decisões repetitivas do STJ, o acréscimo normativo ao Código de Processo Civil elencou duas situações: (i) o recurso sobrestado tem seguimento denegado na instância originária em razão de o acórdão impugnado perfilhar a orientação da Corte e (ii) o recurso sobrestado é reexaminado pela instância originária em razão de divergência entre o acórdão impugnado e a orientação da Corte, cabendo inclusive juízo de retratação. No segundo caso, muito embora a decisão do STJ não obrigasse o alinhamento do tribunal de origem,⁹⁷ é de se convir que a negativa em aplicar o entendimento da Corte Superior mitigaria a vontade constitucional de uniformizar a interpretação infraconstitucional, além de não propalar a força vinculante anômala de que se dota o precedente.

Diante dessas considerações, deve-se fazer a ressalva de Humberto Theodoro Júnior⁹⁸ de que os recursos especiais de temática tida por idêntica tratem tão somente de “uma única questão de direito” para poder justificar o sobrestamento daqueles que não forem selecionados como representativos da controvérsia. Segundo o autor, “se outras questões diferentes justificarem o cabimento do especial, não poderá ele ser paralisado em sua marcha apenas porque um dos seus diversos fundamentos coincide com o de outro recurso da espécie”.

Indica-se também a continuidade do julgamento da tese no caso de a parte recorrente desistir do recurso representativo da controvérsia. Nessa situação, há uma cisão procedimental na análise do paradigma – distinguem-se o procedimento recursal provocado pelo recorrente e o procedimento incidental de fixação da tese. Assim, a desistência do recurso implica efeitos apenas na postulação subjetiva do recorrente, não desqualificando o julgamento da tese, que passa a se estabelecer de maneira paralela ao processamento do recurso.⁹⁹

A análise do procedimento de recursos repetitivos parece apontar para a ideia de julgamento por amostragem, em que se selecionam alguns exemplos de uma demanda reiteradamente judicializada para prolatar uma decisão mais genérica a respeito da matéria. Em outro sentido, essa sistemática também aponta para a desvinculação do precedente das especificidades pragmáticas de cada um dos recursos, adquirindo compleição argumentativo-decisória que transcende aos pedidos concretos.

A razão de ser dessas particularidades das decisões em recursos repetitivos tem por escopo o espelhamento e a verticalização dos fundamentos decisórios em todos os casos que versem sobre questões jurídicas idênticas. Pode-se dizer que, nesse aspecto, rege o princípio

⁹⁷ Caso o juízo ordinário decida por manter sua decisão, em entendimento contrário à tese fixada pelo STJ, o recurso especial sobe para a Corte Superior e é provido em decisão monocrática de simples aplicação do precedente formulado.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 721.

⁹⁹ DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 10ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2012, p. 337.

constitucional da isonomia, porque se procura equiparar o tratamento judicial dado a qualquer um que demande sobre a mesma questão de direito, uniformizando o entendimento jurídico a ser aplicado em situações semelhantes.

Ademais, pela adoção da metodologia dos repetitivos, tem-se verdadeira racionalização do processamento de recursos pelo STJ. Isso porque a aplicação uniforme e concentrada da orientação consolidada pela Corte evita a prolusão desnecessária de decisões eminentemente iguais e a apreciação reincidente e improfícua da mesma matéria sobre a qual já se assentou entendimento que não foi revisitado. Aqui, o princípio constitucional regente é o da duração razoável do processo, com vistas de se entregar uma prestação jurisdicional hábil e efetiva. Do mesmo modo, conforme o magistério de Humberto Theodoro Júnior,¹⁰⁰ passam a ser objetivos procedimentais do STJ (i) o refreamento da subida desnecessária de recursos especiais; (ii) a manifestação definitiva e linear sobre a questão de direito repetitiva; e (iii) a repercussão de sua decisão sobre todos os recursos sobrestados, evitando, sempre que possível, a sua subida ao Tribunal.

Importante apontar, ainda, que a efetivação procedimental dos recursos repetitivos no aresto do STJ nada mais é do que a realização da função precípua para a qual o Tribunal foi criado. Está no cerne da origem da Corte a uniformização da jurisprudência pátria no que se refere à legislação federal. Ademais, a fixação de tese a ser aplicada igual e homogeneamente a todos os casos que partilhem identidade na fundamentação jurídica, coligindo a mesma razão de direito, desencadeia não só segurança jurídica ao entendimento, mas também a consolidação da interpretação normativa infraconstitucional.

As formulações que agora seguem pontuam o impacto do CPC/2015 na seara dos recursos repetitivos. A perspectiva inicial é de colocar a preocupação do regramento em ampliar os limites abrangidos pelo que dispunha o art. 543-C do CPC/1973, cuja correspondência em estabelecer a afetação das demandas repetitivas se encontra no texto do art. 1.036¹⁰¹ do novo Código. Com efeito, parece ser objetivo específico da legislação

¹⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 720.

¹⁰¹ Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

prestigiar a celeridade processual, a efetividade dos procedimentos judiciais e a consolidação uniforme de precedentes.

Faz-se nota sobre o inciso II do art. 1.037 do Código de Processo Civil de 2015, que expande a eficácia *ultra partes* do julgado na sistemática dos repetitivos ao arrimar que “determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional”. Com isso, o sobrestamento e a suspensão da tramitação das causas consideradas idênticas que não sejam eleitas paradigmas de controvérsia passam a se afigurar para além do âmbito do tribunal de segunda instância que remeteria o recurso especial à Corte.

O resultado que se espera a longo prazo é a redução do número de interpretações ordinárias conflitantes acerca de controvérsia já dirimida pelo STJ, porque, na fixação da tese em demanda de massa, a Corte há de determinar que todos os litígios que versem sobre o assunto fiquem pendentes de julgamento até a sua decisão. É perceptível, portanto, que essa alteração se apresenta como a mais significativa à homogeneidade de aplicação dos precedentes firmados pelo STJ, na medida em que passa a englobar a unicidade do território brasileiro e intentar a coadunação de um conjunto decisório coeso irradiado por todo o ordenamento.

Também merecem destaque o art. 1.040,¹⁰² cujos parágrafos vêm a desestimular a judicialização de casos pautada em tese já decidida de forma contrária pelos Tribunais Superiores.¹⁰³ Explica Cassio Scarpinella Bueno:¹⁰⁴

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem. (**Código de Processo Civil de 2015**).

¹⁰² Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

O § 1º do art. 1.040 assegura expressamente a possibilidade de desistência da ação antes do proferimento da sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia. Se a desistência ocorrer antes da oferta de contestação – o que, em regra, pressupõe audiência de conciliação ou de mediação frustrada, inclusive pela ausência de autocomposição –, a parte ficará isenta do pagamento de custas e sucumbência. Trata-se de verdadeiro incentivo para não litigar, aceitando precedente emanado pelo Tribunal Superior – o que é bem diverso de ele ter caráter vinculante –, como se colhe do § 2º do art. 1.040. O § 3º, em nítida sintonia com esse mesmo objetivo, excepciona a regra do art. 485, § 4º, e exclui a necessidade de prévia concordância do réu com a desistência, mesmo quando a contestação já tiver sido ofertada.

O autor¹⁰⁵ indica ainda que, pela disposição de seus incisos I e II, o art. 1.040 passa a alterar os efeitos que a publicação do acórdão de tese repetitiva enseja na atuação dos tribunais de origem em aplicar o entendimento firmado aos recursos sobrestados. Para ele, o objetivo da nova redação é de

contornar crítica adequada e pertinente que, para a sistemática do CPC de 1973, merece ser feita porque, em última análise, cria verdadeira hipótese de delegação legal de competência para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais julguem os recursos extraordinários e os recursos especiais sobrestados em consonância com a decisão proferida no âmbito do STF e do STJ. A previsão, por ser feita por lei (art. 543-C, § 7º, II, do CPC de 1973), atrita com a competência constitucional reconhecida ao STF e ao STJ de eles, não outros Tribunais ou órgãos, julgarem recursos extraordinários e especiais (arts. 102, III, e 105, III, da CF, respectivamente). O que fez o art. 1.040 do novo CPC para contornar o problema? Evitou prever o julgamento dos próprios recursos especial e extraordinário pelo tribunal de origem.

Some-se a essas linhas a regulamentação das alterações feitas pelo Código de Processo Civil de 2015 no Regimento Interno do STJ, empreendida pela Emenda Regimental nº 24/2016. Dentre os diversos temas sobre os quais versa, a readequação regimental às disposições processuais importa em procedimento inovador no âmbito dos recursos repetitivos – sua afetação pela via eletrônica, disciplinada no art. 257¹⁰⁶ do Regimento Interno da Casa. Doravante, institui-se a manifestação eletrônica dos Ministros em relação a afetação de recurso especial à sistemática dos repetitivos, observadas a competência do órgão julgador e a sua composição.

Mais uma vez, pretende-se a otimização das deliberações e o favorecimento da ligeireza processual para que não se gaste energia em discussão ainda preliminar sobre a repetitividade da questão de direito analisada. Tem-se também a operação do Tribunal em

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação. (**Código de Processo Civil de 2015**).

¹⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle, BAHIA. Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 377.

¹⁰⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 683.

¹⁰⁵ Ibid., p. 681.

¹⁰⁶ Art. 257. É obrigatório ao relator o uso da ferramenta eletrônica de afetação do recurso especial à sistemática dos repetitivos e de admissão do incidente de assunção de competência, nos termos desse capítulo. (**Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça**).

compatibilizar maior segurança na afirmação de um recurso enquanto repetitivo, vez que agora há votação específica dos julgadores da causa em aferir a controvérsia de massa, substituindo a afetação automática de outrora.

Pois bem. Esses apontamentos sobre a nova ritualística dos recursos repetitivos com a revisão do regulamento processualista põem-se a revelar a intenção de objetivação das teses interpretativas a serem fixadas. É a percepção de uma tendência de abstração da fundamentação decisória a formular precedentes de caráter transcendental às partes do repetitivo analisado. Se no CPC/1973 incluiu-se a abrangência *ultra partes* do procedimento de recursos repetitivos, o CPC/2015 retesa a vinculação dos julgados proferidos pelo STJ, ensejando oportunidade para que sejam modulados os efeitos temporais quando se demonstrar necessário.

4.3 A possibilidade de modulação da eficácia das decisões do Superior Tribunal de Justiça: os encaminhamentos para a previsão expressa do Código de Processo Civil de 2015

Nos prelúdios da discussão sobre a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça modular os efeitos temporais de suas decisões,¹⁰⁷ parecia ser certo que não havia autorização legal implícita que pudesse justificar a adoção pela Corte da técnica manipulativa utilizada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Em igual medida, considerava-se que não seria próprio da atividade jurisdicional do STJ a aferição de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para restringir os efeitos de sua interpretação da legislação federal, porque esta traduz mero controle de legalidade.¹⁰⁸

A conclusão inicial da Corte pela impossibilidade de manipular a eficácia de suas decisões começou a ser concebida no julgamento dos EREsp nº 738.689/PR,¹⁰⁹ em que se debateu a mudança do entendimento da Seção acerca da aplicação de crédito-prêmio de IPI às vendas para o exterior realizadas após o advento da Constituição de 1988. Diante da guinada

¹⁰⁷ Define-se como marco da discussão o julgamento do REsp 541.239/DF, em 09.11.2005, quando o Ministro João Otávio de Noronha defendeu a eficácia prospectiva das decisões que alterassem jurisprudência consolidada. Não obstante, logo aduziu o Ministro que tal ponderação era desnecessária ao deslinde de seu voto, de forma que a Seção não se debruçou mais sobre o assunto, analisando apenas as demais questões de direito levantadas.

¹⁰⁸ Nesse ponto, era feita a distinção em relação à competência do STF de poder definir a eficácia prospectiva de seus precedentes, porque o plano de controle de constitucionalidade fixa a tese de compatibilidade ou de incompatibilidade com a Constituição de forma abstrata, não sendo possível a assunção dessa característica pelo controle de legalidade da justiça comum.

¹⁰⁹ STJ. EREsp nº 738.689/PR, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 27.06.2007 e DJ de 22.10.2007.

jurisprudencial, o Ministro Herman Benjamin propôs a modulação dos efeitos da mudança na linha que se segue:

Quanto aos atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, a serem resguardados da mudança jurisprudencial, há que se ter em mente o objetivo da modulação temporal dos efeitos da decisão judicial, qual seja privilegiar a segurança jurídica, refletida na expectativa dos contribuintes na manutenção do entendimento que, até então, lhes era favorável. (...) A expectativa a ser protegida contra a mudança jurisprudencial refere-se exclusivamente àquelas empresas que buscaram provimento judicial e efetivamente aproveitaram o “crédito-prêmio” até 09/08/04. As pretensões de empresas não deduzidas em juízo não podem ser resguardadas. A estas, não socorre o argumento da expectativa de provimento judicial favorável e, portanto, o imperativo da segurança jurídica que me leva a decidir pela modulação temporal dos efeitos da decisão.

Tal proposta, contudo, foi rejeitada pela Seção, na medida em que apenas havia aderido ao raciocínio feito o Ministro João Otávio de Noronha. Na formulação da ementa, ficou consignado o entendimento de que

salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a "modulação temporal" da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados.

Dessa análise, o Superior Tribunal de Justiça extraiu a posição de não ter em suas competências a atribuição de restringir a eficácia de decisão sua que seja eminentemente retro-operante, mostrando-se reticente em mudar tal posicionamento em uma série de casos que seguiram.¹¹⁰ No julgamento dos EDcl no REsp nº 1.234.881/RS,¹¹¹ foi feito à Turma julgadora pedido de “aplicação de efeitos moduladores a esta nova decisão que abruptamente modificou da noite para o dia jurisprudência segura, iterativa e até então sedimentada desta Corte, em nome da segurança jurídica, boa fé judiciária e interesse de idoso”. Os Ministros, no entanto, aproveitaram para consignar que

diante da inexistência de autorização legal e da manifesta distinção entre as técnicas de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e da atividade jurisdicional constitucionalmente atribuída a este STJ, reputa-se descabida a modulação de efeitos de decisão levada a efeito pela Seção de Direito Privado, ainda que em sede de recurso representativo da controvérsia.

Com isso, pode-se assinalar que a jurisprudência do Tribunal não acolhia a eficácia manipulada por duas razões principais: (i) a inexistência de posituação da hipótese no ordenamento jurídico e (ii) a diferenciação das técnicas adotadas pelo STF e pelo STJ nos

¹¹⁰ Cf. **EResp nº 675.201/PR** (rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26.09.07 e DJ de 15.10.2007), **EDcl no AgRg no REsp nº 723.086/PE** (rel. Min. Francisco Falcão, j, em 04.12.2007 e DJ de 10.03.2008), **AgRg no Ag nº 986.794/RS** (rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26.08.2008 e DJ de 11.09.2008), **AgRg no REsp nº 1.089.940/BA** (rel. Min. Denise Arruda, julgado em 02.04.2009 e DJ de 04.05.2009), **EDcl no AgRg nos EREsp nº 724.111/RJ** (rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25.08.2010 e DJ de 13.09.2010), **AgRg nos EDcl no REsp nº 805.804/ES** (rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.09.2010 e DJ de 15.10.2010).

¹¹¹ STJ. **EDcl no REsp nº 1.234.881/RS**, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 09.10.2012 e DJ de 19.10.2012.

julgamentos de seus processos, impossibilitando a aplicação análoga da competência da Corte Constitucional em poder modular suas decisões.

Discorda-se desde logo dessa fundamentação. A autorização para que o STJ possa proceder à modulação decorre da essência das funções que a Carta Magna lhe conferiu, nas mesmas condições em que se defendeu a competência derivativa do STF em lançar mão do instituto no controle difuso. Enquanto órgão estabilizador da jurisprudência infraconstitucional, o STJ dispõe da prerrogativa de emprestar segurança à interpretação dada à legislação federal em todo o território nacional. Ademais, a possibilidade de relativizar os efeitos de seus julgados avista ao cabo a consistência e a homogeneidade dos entendimentos do Poder Judiciário sobre as leis ordinárias de uma forma geral. Então, no fim das contas, a operação da modulação acaba por traduzir a integralidade da missão constitucional da Corte de solidificar a segurança jurídica, devendo ser entendida como decorrência desta, ainda mais se considerada a vinculação anômala que têm seus precedentes.

Não obstante, por muito tempo, essa ordem argumentativa mostrou-se improfícua, porque pouquíssimas exceções foram feitas à inexistência de previsão legal expressa para a mitigação dos efeitos dos julgados da Casa. Dentre os poucos exemplos, há o AgRg no AI nº 827.293/RS,¹¹² em que a necessidade de ratificação recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração não foi aplicada com efeitos retroativos às situações anteriores à publicação do acórdão sobre o processo, e o HC nº 28.598/MG,¹¹³ em que se decidiu dar eficácia a entendimento já revogado por mudança jurisprudencial do STJ e do STF sobre o início do prazo recursal para o Ministério Público.

A primeira empreendida da Corte em admitir de fato a sistemática da modulação dos efeitos tomou corpo apenas recentemente.¹¹⁴ Em 07.06.2016, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.596.978/RJ,¹¹⁵ a Primeira Seção decidiu que a mudança de sua jurisprudência não dá azo à cobrança retroativa de tributos. Pelo voto vencedor do Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, o entendimento posterior não pode ser aplicado a fatos constituídos enquanto regia a posição antiga do Tribunal. É o que segue de suas palavras:

(...) em que pese à força de uma decisão pela sistemática do Recurso Representativo da Controvérsia, soa claro que seu alcance não poderia se operar de maneira retroativa para alcançar todas as parcelas recebidas pelos Recorridos, durante o longo intervalo de tempo, entre a data inicial do pagamento do Abono de Permanência e a consolidação da jurisprudência por esta Corte Superior, por ocasião

¹¹² STJ. AgRg no AI nº 827.293/RS, rel. Min. Denise Arruda, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, julgado em 25.09.2007 e DJ de 22.11.2007.

¹¹³ STJ. HC nº 28.598/MG, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14.06.2005 e DJ de 01.08.2005.

¹¹⁴ No entendimento desta monografia sobre o julgado.

¹¹⁵ STJ. REsp nº 1.596.978/RJ, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 07.06.2016 e DJ de 01.09.2016.

do julgamento do REsp. 1.192.556/PE, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, datado de 25.8.2010. Essa alteração jurisprudencial do STJ não pode surpreender os Contribuintes que realizaram fatos geradores anteriores à ela, sendo isso uma regra intransponível da ordem jurídica democrática.

É oportuno advertir que, por maioria de votos, a Turma entendeu não se tratar da aplicação do instituto da modulação de efeitos, mas tão somente de se perceber que

(...) a mutação jurisprudencial tributária de que resulta oneração ou agravamento de oneração ao Contribuinte somente pode produzir efeitos a partir da sua própria implantação, não alcançando, portanto, fatos geradores pretéritos, consumados sob a égide da diretriz judicante até então vigorante (...).

No entanto, o Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria alertou que discorrer sobre retroatividade ou irretroatividade de decisão que meramente reinterpretou a lei é desconsiderar que, na verdade, esta já existia e tinha a incidência no que ficou definido pela jurisprudência revisitada. Relevante a transcrição de seu assentamento em voto parcialmente vencido (grifos nossos):¹¹⁶

Não se trata, na minha visão, de se aplicar irretroatividade, porque na verdade já existia a lei. O que se está fazendo é interpretá-la (...).

Na época do julgamento do REsp n. 1.192.556/PE – em 06/09/2010, há quase seis anos –, o CPC em vigor não previa **a possibilidade de modular os efeitos de decisão proferida no julgamento de demandas repetitivas que alterasse a jurisprudência dominante sobre o tema**. Essa questão **não foi debatida pela Primeira Seção no julgamento do REsp n. 1.192.556/PE**.

(...) Ouso dizer que estamos percorrendo um caminho perigoso, porque, sempre que houver divergência entre as Turmas de Direito Público, tratando-se de matéria tributária, o contribuinte dirá que não se pode aplicar o repetitivo retroativamente. Não é exação nova, por óbvio, que estamos a criar. Com todo o respeito, esse tributo sempre existiu. Daí a razão de não se poder falar em efeitos tão só para depois do julgamento do repetitivo.

Reitero: o que o Código de Processo Civil de 2015 permite é que o recurso repetitivo faça isso. **Não houve modulação no julgamento do REsp 1.195.556/PE e, em uma Turma, seis anos depois, estamos a dizer que, na realidade, aquele recurso repetitivo merece ter os efeitos modulados.**

Dessas colocações, depreende-se que, a valer, a Turma se utilizou de técnica argumentativa para não denominar sua tentativa de resguardar a segurança jurídica na atividade jurisdicional do STJ de modulação, que lhe seria vedada diante da falta de norma autorizativa no novo CPC. Analisando a situação, é de se ver que a restrição de eficácia inicialmente retroativa de alteração de entendimento judicial é precisamente a definição do instituto de modulação de efeitos, porque consiste na exata previsão do regramento legal que introduziu efetivamente essa sistemática no nosso ordenamento, na disposição do art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

¹¹⁶ Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

De todo modo, o que se tem do julgamento em comento é a feição de autoridade forense que o STJ tem atribuído à segurança jurídica desde a edição do CPC de 2015. Isso permite deduzir os caminhos que a Corte vai tomar quando se encontrar diante de caso que suscite a necessidade de uma reviravolta jurisprudencial, desenhando uma preocupação visível em não favorecer a “decisão surpresa” no que se refere à aplicação de interpretação de Direito outrora ensejada. E a consequência decorrente é a inserção definitiva da modulação de efeitos em sua jurisprudência, apesar de toda a resistência demonstrada ao longo dos anos.

Cabe agora demarcar a modulação de efeitos feita pelo STJ a partir de sua positivação expressa no Código de Processo Civil em vigência. Como já se afirmou nas considerações feitas sobre o instituto no controle de constitucionalidade difuso do STF, a modulação de efeitos pressupõe uma maior abrangência da eficácia da decisão. Por ser instrumento a ser utilizado de maneira ponderadamente excepcional, requer a abstração da tese julgada no caso concreto para poder tutelar de fato a segurança jurídica do ordenamento, sendo cogitado apenas na análise de recurso especial repetitivo por conta da eficácia *ultra partes* que alberga.

É essa a razão que impera na previsão do art. 927, § 3º, do CPC/2015 em possibilitar a operação manipulativa da eficácia apenas nos Tribunais Superiores (cujas decisões têm maior significação jurídica por natureza) e em sede de causa repetitiva (para ter extensão de massa). Assim, quando o STJ se empenha em reinterpretação normativa, alterando jurisprudência consolidada e de efeitos concretos em larga escala, “poderá simplesmente regular que o precedente moderno terá eficácia futura, salvaguardando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada constituídos ao tempo em que o precedente antigo (= definidor da regra legal de conduta) ainda vigorava”.¹¹⁷

No mais, a inserção definitiva da sistemática de manipulação dos efeitos no STJ reafirma a observação aqui já feita sobre a força vinculante atípica de que se dotam os precedentes da Corte: eis que pensar que a alteração de jurisprudência desencadearia insegurança jurídica em vez de garanti-la apenas corrobora que a atividade de interpretação das leis pelos Tribunais Superiores tem alcance transcendente.

¹¹⁷ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. Op. cit., p. 174.

5. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

5.1 Pressupostos de abordagem da modulação em matéria tributária

Esclarecida a possibilidade de modulação de efeitos pelo STF e pelo STJ em seus aspectos mais relevantes, adentra-se propriamente na repercussão que tem a utilização do instituto nas decisões em matéria tributária. A situação é peculiar, porque os princípios tributários dos quais derivam as garantias aos contribuintes são precisamente delimitados na Constituição, de forma que a resolução das problemáticas em Direito Tributário reclama que seja feito um exame exaustivo de questões constitucionais.

A complexidade do assunto se acentua quando se contrapõem a segurança jurídica e o excepcional interesse social ao direito do contribuinte à repetição do indébito tributário decorrente de declaração de inconstitucionalidade de norma que ensejou a cobrança do tributo, porque os dois lados da argumentação se fundam em base eminentemente constitucional. Ou, em outro aspecto, quando a mudança de jurisprudência pode ocasionar grave instabilidade jurídica se retroagir às situações pretéritas. De toda maneira, a aplicação da modulação de efeitos pondera interesses, podendo ser desfavorável tanto ao contribuinte quanto à Fazenda Pública.

Diante da densidade própria à temática da modulação e da forma que toma quando se tem a inserção do instituto no Direito Tributário, é essencial contextualizar a segurança jurídica e o excepcional interesse social nessa seara. E é necessário também entender as configurações das garantias que o ordenamento atribui ao contribuinte.

5.1.1 As garantias asseguradas ao contribuinte

Inicia-se o capítulo ora contemplado pela definição do que é a repetição do indébito tributário, prevista nos arts. 165¹¹⁸ e 166¹¹⁹ do Código Tributário Nacional. Em linhas gerais,

¹¹⁸Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória. (**Código Tributário Nacional**)

é o direito conferido ao contribuinte em receber do Estado a restituição de quantia indevidamente recolhida. Não obstante, apesar de todas as facetas que pode assumir, a caracterização da repetição do indébito nesta monografia resulta especificamente do recolhimento indevido de tributos tratados em lei inconstitucional.

A hipótese aqui considerada não tem pacificação doutrinária. Autores do porte de Helenilson Cunha Pontes e Marco Aurélio Greco¹²⁰ entendem não ser possível a devolução ao de valores pagos a título de tributo instituído por lei inconstitucional. O argumento é o de que não existe no CTN previsão expressa dessa possibilidade nos arts. 165 e 168,¹²¹ de forma que, ao ficar silente, a legislação exclui o reconhecimento da inconstitucionalidade do rol de casos que dão ensejo à repetição.

Sem embargo, esta monografia pretende seguir pela outra linha doutrinária, em que a repetição do indébito tributário se fundamenta nos princípios da legalidade tributária, da moralidade, da boa-fé, da proibição do enriquecimento sem causa e da nulidade da norma inconstitucional.¹²² Nessa consideração, destaca-se a definição que a Constituição deu à legalidade tributária, pela qual “é vedado à União, aos Estados e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.¹²³ Apenas pelo texto legal, pode-se inferir que a intenção do legislador ordinário foi de tutelar a ordem tributária e dar legitimidade à Fazenda Pública em proceder à cobrança de tributos, baseada na constitucionalidade formal e material da norma que lhe dá suporte.

Da moralidade e da boa-fé, em um primeiro momento, deduz o contribuinte a correta consolidação do crédito tributário e efetua o pagamento nos ditames legais, sem considerar que, na verdade, o tributo que lhe foi cobrado não era devido. Considerada a posição de fragilidade em que se encontra diante do Fisco, deve-se defender a simetria de procedimentos: a Fazenda Pública deve proceder pela ética moral, devolvendo ao contribuinte os valores que, mesmo não devendo, pagou de boa-fé. Isso advém também da vedação ao enriquecimento

¹¹⁹ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la. (**Código Tributário Nacional**)

¹²⁰ GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. **Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.

¹²¹ Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (vide art. 3 da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória. (**Código Tributário Nacional**).

¹²² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 126.

¹²³ Cf. Art. 150, I, Constituição Federal de 1988.

sem causa, em que, não havendo causa jurídica que permitisse a cobrança do tributo, pois inconstitucional é a lei, não há razão para que a Fazenda continue com a posse do valor indevidamente recolhido, sob pena de torná-la ilícita.

No que se refere à nulidade da lei inconstitucional, reitera-se¹²⁴ que a via de regra da declaração de inconstitucionalidade é extirpá-la do ordenamento, porque, do contrário, tem-se a suspensão da eficácia dos preceitos constitucionais. Então, a consideração a ser feita é de que a lei nunca existiu. E, se nunca existiu, não teve eficácia. Ora, se uma lei tributária não teve eficácia, não haveria razão para que o contribuinte tivesse quitado o crédito tributário, porque é como se não tivesse havido a coadunação da hipótese de incidência com o fato gerador para culminar na obrigação.

Ademais, há de se aduzir que o inciso I do art. 165 dispõe de modo implícito a restituição de tributo indevido pela declaração de inconstitucionalidade. Conforme elucida Renato Belo Vianna Velloso acerca da declaração de inconstitucionalidade e seu efeito na repetição do indébito:¹²⁵

é interessante notar que a repetição, nesse aspecto, está ligada ao erro de fato, consignado na 2ª parte do inciso I do art. 165 do CTN. Isso porque o contribuinte, ao efetuar o pagamento, o fez com base em fato gerador cuja natureza ou circunstâncias estavam lastreadas em norma inconstitucional, logo, que não poderia gerar efeitos no mundo jurídico, muito menos gerar obrigações tributárias.

Dessa sorte, é incontestável o direito do contribuinte à repetição do indébito tributário quando declarada a inconstitucionalidade da lei que motivou o recolhimento do tributo. O contribuinte procedeu da maneira que se esperava que procedesse, pensando com boa-fé que era legítima a obrigação tributária. No entanto, sem a guarida constitucional, a cobrança do tributo carece de validade e de juridicidade e não podia ter sido feita desde a origem da edição legislativa. E, afinal, como bem coloca André Pitten Velloso,¹²⁶

se os preceitos são inconstitucionais e os contribuintes já versaram aos cofres públicos os valores exigidos pelo Fisco, a declaração da sua ilegitimidade jurídica deveria produzir o efeito de autorizá-los a postular a restituição do que pagaram ao arrepio da Constituição.

Confirmam-se agora os recortes da garantia da proteção de confiança no que se refere à mudança jurisprudencial tributária. Elencada como princípio não positivado, mas integrante

¹²⁴ Vide item 2.2 do presente trabalho.

¹²⁵ VELLOSO, Renato Belo Vianna. **Repetição do indébito tributário e a súmula vinculante 8**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 22, n. 3, mar. 2010, p. 32.

¹²⁶ VELLOSO, Andrei Pitten. **A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 157, out. 2008, p. 7.

do Estado Democrático de Direito,¹²⁷ a proteção da confiança engendra desdobramentos no procedimento de interpretação da lei pelo Poder Judiciário e no próprio Direito Tributário. No primeiro caso, serve a balizar expectativas legitimamente fundadas no entendimento da jurisprudência do órgão julgador sobre determinado assunto. Por outro lado, quando se trata de matéria tributária, a proteção da confiança possibilita a existência de previsibilidade da tributação e das obrigações que lhe são geradas.

Dessa perspectiva, decorre que a tributação somente tem lugar quando houver confiança de que os atos e as condutas estatais têm legitimidade atribuída por lei e compatibilizem estabilidade ao longo do tempo, inclusive no que se refere aos parâmetros formais e materiais de edição legislativa em matéria tributária, para que seja dedutível ao contribuinte a repercussão que têm em seus direitos e obrigações. Isso abrange também a prolação de jurisprudência pelos Tribunais Superiores, porque, se o contribuinte age com base em uma interpretação aferida como legítima pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, a boa-fé de sua conduta deve ser protegida na situação jurídica consolidada, implicando que qualquer alteração no antes que se tinha por certo não venha a penalizá-lo. Eis que é inerente às atribuições do Poder Judiciário estabilizar as relações jurídicas e atribuir segurança à aplicação do direito.

Cumprido dizer, então, como se pode assegurar a confiança das relações existentes entre o contribuinte e o Estado. A resposta remete a outros princípios constitucionais: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/1988),¹²⁸ a irretroatividade (art. 150, III, a, CF/1988) e a anterioridade da lei tributária (art. 150, III, b, CF/1988)¹²⁹ e também a vedação ao confisco (art. 150, VI, CF/1988).¹³⁰ Em

¹²⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. Noeses: São Paulo, 2009, p. 607.

¹²⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (**Constituição Federal de 1988**).

¹²⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (...). (**Constituição Federal de 1988**).

¹³⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco. (**Constituição Federal de 1988**).

complementaridade, ainda socorrem as disposições do CTN de que “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”¹³¹ e de que

a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.¹³²

Por essas prescrições, são confirmados ao contribuinte “os ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade normativa”.¹³³ A proteção da confiança passa a ser instrumento protetório do contribuinte em face da arbitrariedade do Estado, constituindo verdadeiro direito fundamental “que somente o privado pode reivindicar, em contraposição à Administração Pública, ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário, quando os Poderes do Estado criam fato gerador de confiança”.¹³⁴

5.1.2 Segurança jurídica e excepcional interesse social

Quando se propõe a modulação de efeitos em matéria tributária, a justificativa normalmente empregada toma corpo com o princípio da segurança jurídica. Rememore-se, aqui, que é ela que mantém a completude do ordenamento e salvaguarda os fatos já consolidados, especialmente no que se refere ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e aos direitos adquiridos. E essa afirmação de estabilidade que a segurança jurídica fomenta deve orientar a decisão dos tribunais superiores em fazer uso ou não da sistemática manipulativa da eficácia de seus julgados.

Em relação ao Direito Tributário, José Eduardo Soares de Melo¹³⁵ conjectura que “num plano ideal, é possível cogitar de efetiva segurança jurídica quando os contribuintes tenham o prévio conhecimento das exigências fiscais, que lhes permita planejar, e exercer, suas atividades particulares ou profissionais”. Por essa via, no que segue Ana Paula Ávila, a segurança jurídica como razão para proceder à modulação de efeitos somente pode ser invocada pelo particular. Do contrário, resta incompatível com a boa-fé das relações jurídicas que a inconstitucionalidade de uma lei editada pelo Estado resulte ainda no recolhimento de um tributo que seria indevido, em severa afronta a direitos individuais daquele que efetuou o pagamento de crédito tributário que considerava legítimo.¹³⁶

¹³¹ Art. 100, III, Código Tributário Nacional.

¹³² Art. 146, Código Tributário Nacional.

¹³³ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 679.

¹³⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. cit., p. 604.

¹³⁵ MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 47-48.

¹³⁶ ÁVILA, Ana Paula. Op. cit., p. 155.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta também entende que, se defrontados os interesses do Fisco e do contribuinte, a segurança jurídica na modulação deve aproveitar a este. Em sua perspectiva, o contribuinte se encontra em situação de hipossuficiência diante do arbítrio estatal, relação em que a segurança jurídica passa a equilibrar as disparidades existentes.¹³⁷ A essa perspectiva, complementa o raciocínio de Ana Paula Ávila, para quem só pode haver efeitos modulados se¹³⁸

se produzirem em benefício do indivíduo. O prejuízo – sob qualquer pretexto – da liberdade, da igualdade, da segurança, da propriedade, ou de qualquer outro direito que a própria Constituição designe como fundamental, jamais encontrará abrigo legítimo na faculdade que o art. 27 da Lei 9.868/99, conferiu ao Supremo Tribunal. Este, enquanto souber utilizá-lo apoiado na própria Constituição que lhe incumbe guardar, usará deste poder que a lei lhe conferiu justamente para garantir a supremacia da Constituição em sua integridade.

Apesar da validade dessas considerações, há de se perceber que a modulação dos efeitos também pode ser utilizada em favor da Fazenda Pública. Imagine-se que é declarado inconstitucional um tributo extensivamente recolhido durante considerável lapso temporal em que se dotava de presunção de constitucionalidade. A retroatividade da declaração possivelmente traria enorme rombo aos cofres públicos, atingindo situações inclusive já consumadas no exercício financeiro em que se dispôs do recolhimento enquanto parte do orçamento. Nesse caso, seria razoável tanto pela segurança jurídica dos atos consolidados quanto pelo interesse social em assegurar a ordem econômica constitucional que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fossem modulados.

Para mais, a partir da situação acima delineada, ainda se pode conceber a segurança jurídica enquanto princípio assecuratório e estabilizador de todas as relações jurídicas existentes, abrangendo os dois polos de participação e não apenas aquele em que figura o contribuinte. Nesse viés, serve de referência ao Estado acerca dos procedimentos arrecadatórios, situando as espécies tributárias que podem ser criadas, as formas de recolhimento e a previsibilidade de cobrança e de fiscalização diante dos contribuintes. Porque, no fim das contas, a tributação é essencial em garantir não apenas para gerar receitas fiscais a serem utilizadas no aparato estatal, mas principalmente para materializar os direitos mais fundamentais previstos pelo ordenamento constitucional.

Sobre a ideia de excepcional interesse social enquanto razão para a modulação de efeitos, já se auferiu em um primeiro momento que, diante da fluidez e da indeterminação jurídica do conceito, sua utilização sempre há de ser alicerçada nos preceitos constitucionais e

¹³⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Op. cit., p. 56.

¹³⁸ ÁVILA, Ana Paula. Op. cit., p. 70-71.

até mesmo na própria segurança jurídica.¹³⁹ A partir das considerações há pouco feitas, é possível perceber que, em matéria tributária, o interesse social se afigura em garantir as condições materiais do Estado para a satisfação dos objetivos econômico-financeiros tutelados na Carta Magna.

Aqui, parece ser bastante razoável o embasamento assim feito, porque, diante de todo o tratamento que a Constituição fez questão de dar ao campo das economias e finanças do Estado, é elemento fundador do Estado de Direito a estabilidade econômica que resguarda todo o ordenamento. Assim, quando declarada a inconstitucionalidade de uma norma, a possibilidade de enormes prejuízos ao patrimônio público ganha base constitucional para a arguição de excepcional interesse social.

5.2 Análise de precedentes: a justificação empregada para se modular ou não as decisões em matéria tributária

A partir dos pressupostos de aproximação elencados, convém analisar precedentes do STF e do STJ em que a declaração de inconstitucionalidade ou a mutação jurisprudencial em matéria tributária incitaram a discussão sobre a modulação dos efeitos que terminariam por gerar. O resultado de se questionar se pode ser relativizada a eficácia das decisões é imprevisível, porque a modulação só pode ser decidida em face da realidade jurídica dos julgados. Dessa maneira, é de se apreender da jurisprudência que não existe sentido absoluto para a utilização do instituto, porque a possibilidade de argumentação é notadamente abrangente, no que agora se confere pela leitura de alguns julgamentos.

No ano de 1990, foi submetida ao crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal lei que havia instituído empréstimo compulsório sobre a aquisição de veículos automotores e de combustíveis, por meio do RE nº 121.336/CE,¹⁴⁰ de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. Conforme aponta Eurico Marcos Diniz de Santi,¹⁴¹ o valor envolvido na causa era de CR\$ 39,8 bi (US\$ 3.6 bi), vultosa quantia que ficaria indisponível no Banco Central do Brasil se inconstitucional a lei que autorizou o seu recolhimento a título de empréstimo compulsório. Apesar disso, os Ministros decidiram por declarar a

¹³⁹ Vide item 3.2 deste trabalho.

¹⁴⁰ STF. RE nº 121.336/CE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 17.10.1990 e DJ de 26.06.1992.

¹⁴¹ SANTIS, Eurico Marcos Diniz de. **Modulação de efeitos no controle de constitucionalidade de normas que instituem tributos: na jurisprudência do STF, a segurança jurídica está em respeitar a legalidade como limitação constitucional ao poder de tributar**. São Paulo: Thomson Reuters, 2014. Disponível em <<http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/>>. Acesso em 03.11.2016.

incompatibilidade dos dispositivos impugnados com a Constituição e sequer consideraram relativizar os efeitos da decisão para não impactar os cofres públicos.

Nessa mesma linha, seguiram declarações de inconstitucionalidade em matéria tributária sem que a ideia de restrição dos efeitos fosse cogitada.¹⁴² A efetiva possibilidade modulação de efeitos só foi ser cogitada pela primeira vez no contexto do julgamento da ADI nº 1.102/DF,¹⁴³ em 1995. No caso, o Tribunal julgou inconstitucional dispositivo legal de lei federal que havia determinado a incidência de contribuição previdenciária sobre folha de salários de “empresários” e “autônomos”. O Ministro Relator Maurício Corrêa sugeriu a atribuição de eficácia prospectiva à declaração apenas a partir da data de concessão de medida liminar, invocando o que chamou de “política judicial de conveniência”, entendimento no qual ficou vencido por existir “sedimentada jurisprudência do referido tribunal em sentido contrário”.

Recorde-se que a modulação dos efeitos só foi de fato tomar proporção na jurisprudência do STF após a edição da Lei nº 9.868/1999. Assim, esse é elencado como o marco temporal para que se possa ter uma percepção genuína dos moldes em que o Tribunal emprega a sistemática. É de se analisar, então, algumas decisões proferidas a partir da efetiva positivação da modulação no ordenamento, de forma a se abstraírem os parâmetros em que vem sendo empregada nos processos que envolvam matéria tributária.

Pois bem. Em 2006, a Segunda Turma do STF julgou o AI nº 582.280/RJ,¹⁴⁴ interposto pelo Município do Rio de Janeiro para que se fizesse a modulação de decisão que havia declarado a não recepção, pela Constituição de 1988, de Lei municipal de 1984 instituidora da progressividade do IPTU. Argumentava o Município que a decisão impugnada deveria ter seus efeitos relativizados e revestir-se da concepção de segurança jurídica, uma vez que a Lei teve aplicação por período considerável e que os valores recolhidos foram usados para melhorias em prol dos contribuintes. Na ocasião, o Ministro Relator Celso de Mello entendeu que não haveria como modular os efeitos de decisão que não declarou a inconstitucionalidade, mas tão somente a não recepção da Lei pela nova ordem constitucional. Mais à frente, declarou que

revela-se inadmissível a adoção da doutrina da prospectividade, tal como pretendido pelo Município do Rio de Janeiro/RJ, eis que essa diretriz teórica supõe, para efeito de sua aplicabilidade, a necessária formulação de um juízo prévio de inconstitucionalidade, incorrente na espécie, pois – insista-se – a norma em questão foi editada em momento anterior (1984) ao da vigência da Constituição de 1988, o

¹⁴² Cf. **RE nº 150.755/PE** (rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 18.11.1992 e DJ de 23.11.1992) e **RE nº 150.794/PE** (rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1992 e DJ de 16.02.1993).

¹⁴³ STF. **ADI nº 1.102/DF**, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 05.10.1995 e DJ de 17.11.1995.

¹⁴⁴ STF. **AI nº 582.280/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.09.2006 e DJ de 06.11.2006.

que significa que a decisão que pronunciou esse juízo negativo de recepção “somente surge efeitos a partir da promulgação da Constituição Federal (...)” (AI 482.017-AgR/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

O posicionamento do Ministro Celso de Mello, portanto, foi de negar provimento ao Agravo de Instrumento interposto, haja vista considerar incompatível a adoção da técnica de modulação de efeitos com decisão que declarou a não recepção de norma pela Carta Constitucional superveniente. Embora tenha acompanhado o Relator no dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes assentou que a atribuição de eficácia prospectiva é plausível ainda que não se trate de declaração de inconstitucionalidade.¹⁴⁵ No entanto, acabou por entender que o Município não havia demonstrado “a repercussão econômica, a gravíssima lesão à ordem pública ou à segurança jurídica, bem como a qualquer outro princípio constitucional relevante para o caso”. Segundo o Ministro,

não há indicação objetiva de repercussão financeira eventualmente sofrida pela municipalidade. O acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é de 18 de novembro de 2003. O recurso extraordinário foi protocolado em 18 de maio de 2004. O agravo foi protocolado pelo interessado por volta de 1º de setembro do mesmo ano de 2004; é de se presumir que a distância temporal não qualifica aspecto fático que justifique modulação dos efeitos de não recepção, como pretendido pelo agravante.

Desse julgado, o que se pode apreender é que, para proceder à modulação em matéria tributária, não basta que a Fazenda Pública declare infundadamente grande prejuízo ao erário. A alegação deve ir além de argumentação de cunho fiscal insubsistente, perfazendo detalhada justificativa de causa e consequência entre a declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção, no caso) e o prejuízo insustentável que se teria nos cofres públicos. Afinal, como destaca o Ministro Gilmar Mendes, a modulação só pode ser feita “conquanto que juízo de ponderação justifique o uso de tal recurso de hermenêutica constitucional”.

No ano de 2007, sucedeu alteração da jurisprudência até então consolidada no STF acerca do direito a crédito de IPI decorrente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Durante o julgamento do RE nº 353.657/PR,¹⁴⁶ os Ministros concordaram que, pela leitura do art. 153, § 3º, II, da Constituição Federal,¹⁴⁷ o IPI é não cumulativo, de forma que o

¹⁴⁵ Em suas palavras de conclusão, o Ministro Gilmar Mendes reiterou que “diferentemente do que restou assentado pelo eminente Ministro Relator Celso de Mello, no presente caso, o meu entendimento é no sentido da plena compatibilidade técnica para modulação de efeitos com a declaração de não recepção de direito ordinário pré-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal”.

¹⁴⁶ STF. **RE nº 353.657/PR**, rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 25.06.2007 e DJ de 07.03.2008.

¹⁴⁷ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

IV - produtos industrializados;

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores (...). (**Constituição Federal de 1988**).

que for devido em cada operação é compensado com “o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero”. Assim, passou-se a considerar incabível o creditamento outrora permitido pela Corte, situação que motivou o Ministro Ricardo Lewandowski a levantar questão de ordem propondo a modulação de efeitos da decisão do Recurso, já que consistia em significativa alteração de jurisprudência. Em suas palavras,

(...) os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90, passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados. Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízo aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante. Isto, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados”, bem como “minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso.

Para o Ministro Marco Aurélio, contudo, se fossem restringidos os efeitos da mudança do entendimento da Corte, deveria ter-se por base o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, porquanto inexistente disposição normativa própria que tratasse de Recurso Extraordinário. E, pela analogia, a modulação só poderia ser decorrente de declaração de inconstitucionalidade, o que não ocorreu na situação analisada. Eis o que disse:

Busquem a razão de ser do art. 27 da Lei no 9.868/99. Outra não é senão a presunção de legitimidade constitucional do ato normativo, a gerar a confiança dos cidadãos em geral no que nele previsto. Declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e presentes, como pedagogicamente está no preceito, motivos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, aí sim pode o Supremo fixar a eficácia do que decidido, mantidas as situações jurídicas que teriam sido estabelecidas a partir de lei ou do ato normativo – na espécie, iniludivelmente, inexistente – proclamado inconstitucional. (...) a preliminar é única: ante os parâmetros do julgamento ocorrido, ante a circunstância de não haver a Corte declarado a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, não surge campo para cogitar-se da fixação de efeitos do julgamento verificado a partir do trânsito em julgado que lhe dará qualidade ou de outro momento que venha a cogitar.

E, ainda, ponderou o Ministro acerca das consequências da modulação em Direito Tributário, que incitaria uma judicialização constante dos contribuintes em tentar obter a revisão do entendimento do Tribunal sobre tributação que lhes foi incidente:

Está-se a ver que a prevalência de fixação de termo inicial para definir-se o direito, ou não, ao crédito implicará não a preservação da segurança jurídica, não o agasalho de excepcional interesse social, mas desordem desenfreada, ficando os contribuintes e os cidadãos em geral estimulados aos questionamentos em Juízo para, anos após, obterem, quem sabe, a feitura de justiça salomônica, com resultado econômico-financeiro distanciado, a mais não poder, dos ditames constitucionais e que, em última análise, será suportado por toda a sociedade.

Nessa linha também se posicionou o Ministro Eros Grau:

(...) no caso não houve, em momento nenhum, declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Esta Corte simplesmente afirmou a correção da interpretação conferida ao princípio da não-cumulatividade do IPI, adversa à postulada por alguns contribuintes do tributo. Não há nenhum sentido, portanto, em nesse caso cogitar-se de modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade. Pois é certo – vou repetir – é certo que aqui não há inconstitucionalidade.

E no mesmo sentido seguiram os demais Ministros, entendendo não ser possível a modulação dos efeitos pela alteração da jurisprudência tributária. No que ficou consignado pela ementa do acórdão,

descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica.

Alguns meses depois, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a modulação dos efeitos de julgamento que consolidava sua jurisprudência no sentido oposto ao que vinha decidindo o Superior Tribunal de Justiça, na análise do RE nº 377.457/PR.¹⁴⁸ Tratava o caso da possibilidade de revogação por lei ordinária da isenção ao pagamento da Cofins concedida através de lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados.

Por maioria de votos, entendeu o STF que não existe subordinação de lei ordinária à lei complementar, tampouco distinção hierárquica entre as duas tipologias normativas, que somente se diferenciam pelas competências que lhes cabem. No mais, também assentou que a Lei Complementar que regulamentou a Cofins e, na ocasião, previu a isenção às sociedades civis de prestação de serviços legalmente regulamentados é materialmente ordinária, de forma que o conteúdo nela constante pode ser perfeitamente delineado em lei ordinária. Com isso, a conclusão da Corte foi pela legitimidade da revogação da isenção anteriormente concedida pela via ordinária.

Por outro lado, na época, o STJ afirmava somente ser possível revogação de lei pela mesma espécie normativa. Mais ainda, propriamente acerca da matéria analisada, o Tribunal infraconstitucional havia editado sua Súmula nº 276, em que “as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”.

Tal entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça motivou o contribuinte recorrente a pleitear a modulação dos efeitos em caso de a decisão do STF ser-lhe desfavorável, no que foi apoiado pela divergência inaugurada pelo Ministro Carlos Alberto

¹⁴⁸ STF. RE nº 377.457/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.09.2008 e DJ de 19.12.2008.

Menezes Direito. Segundo ele, a diferença de posicionamentos entre o órgão de cúpula da jurisdição constitucional e o órgão de cúpula da jurisdição infraconstitucional poderia “gerar uma insegurança jurídica e consequências terríficas”, afetando principalmente os pequenos contribuintes.

Não obstante, a maioria da Corte alinhou-se ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, entendendo que modular os efeitos seria conceder moratória fiscal, porque o STF apenas estava a confirmar a constitucionalidade da revogação da isenção. Ademais, apesar da força de que se dotam as decisões do STJ, os Ministros aduziram a plausibilidade do dissenso pelo STF, por ser o detentor da palavra final na interpretação da Constituição.

Constata-se, pelos julgamentos do RE nº 353.657/PR e, mais tarde, do RE nº 377.457/PR, que o STF rejeitava a adoção da modulação de efeitos por mera alteração de jurisprudência que não declarava a inconstitucionalidade de tributo. Isso decorreria da interpretação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que, aplicado no controle abstrato ou – se admitido por analogia – no controle concreto, especificava a possibilidade de modulação da eficácia da declaração de inconstitucionalidade. Dessa forma, a consolidação de jurisprudência acerca de outras questões constitucionais em determinado sentido não consistiria em expectativa legítima do contribuinte, podendo o STF a qualquer tempo rever o seu posicionamento ou até mesmo o posicionamento pacificado nas demais instâncias judiciais. Faz a ressalva, no entanto, de que essa interpretação analógica foi anterior à edição no CPC/2015, que prevê a possibilidade de modulação em face da alteração de jurisprudência.

É de se ver ainda caso em que o Supremo Tribunal Federal tenha discutido a modulação temporal dos efeitos para proteger o erário de severos danos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade de norma tributária, mesmo que em detrimento do direito do contribuinte à repetição do indébito. Ressalte-se que, embora tenha sido a primeira situação em que foi adotada a modulação em Direito Tributário, ainda mais perfilhando o sentido agora pretendido, não convém analisar o julgamento conjunto dos REs nº 556.664/RS,¹⁴⁹ 559.882/RS,¹⁵⁰ RE nº 560.626/RS¹⁵¹ e 559.943/RS,¹⁵² dada a parca fundamentação dos acórdãos sobre a razão de segurança jurídica empregada.¹⁵³

¹⁴⁹ STF. RE nº 556.664/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.06.2008 e DJ de 14.11.2008.

¹⁵⁰ STF. RE nº 559.882/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.06.2008 e DJ de 14.11.2008.

¹⁵¹ STF. RE nº 560.626/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.06.2008 e DJ de 28.11.2008.

¹⁵² STF. RE nº 59.943/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 12.06.2008 e DJ de 26.09.2008.

¹⁵³ Conforme ensina Octávio Campos Fischer, “ao menos no que se refere à matéria tributária, há necessidade de que a fundamentação seja não só calcada em elementos jurídicos, como também em dados fáticos inquestionáveis. Quer-se dizer, não basta alegar que uma declaração de inconstitucionalidade de tributo com efeito “ex tunc” pode ocasionar, por exemplo, lesão irreversível ao patrimônio público. É necessário, além disso, demonstrar com base em dados fáticos que se não houver restrição dos efeitos, haverá prejuízos irreparáveis para

Elucida-se, então, o julgamento da ADI nº 4.171/DF,¹⁵⁴ em que foi declarada a inconstitucionalidade de dispositivos do Convênio CONFAZ nº 110/2007 que transferiam o recolhimento do ICMS sobre o álcool combustível para as distribuidoras de combustíveis, ensejando em bitributação. É o que explica o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie:

Embora juridicamente caiba à distribuidora proceder ao pagamento do ICMS em razão do diferimento (como modalidade de substituição para trás), o que faz a distribuidora, na verdade, é informar a operação à refinaria para que esta, então, repasse o valor respectivo ao Estado de origem do AEAC ou do B100 adquiridos, em que situada a usina, deduzindo o respectivo montante, por consequência, do Estado ao qual originariamente havia sido repassado o valor total do ICMS relativo à substituição tributária para frente. Não há, propriamente, pagamento direto pela distribuidora, tampouco ela procede a qualquer creditamento escritural do ICMS diferido, tendo em conta que a operação posterior de venda dos combustíveis gasolina tipo C e óleo diesel B5 aos postos em operação interestadual será imune e que simplesmente informa à refinaria para o repasse. A razão da determinação de estorno, então, não se restringe à anulação de um crédito, o que demandaria simples operação escritural. Transmuda-se em recolhimento ao Estado sede da distribuidora para compensá-lo pelo montante correspondente que deixou de lhe ser repassado em prol do Estado de origem do combustível renovável, combinado com o repasse integral do ICMS apurado pela refinaria a título de substituição tributária para frente ao Estado de destino e consumo do combustível. (...) Além disso, considerando que o ICMS diferido já fora suportado pelo substituto, na medida em que destacado na operação de aquisição do álcool e do biodiesel, tendo sido recolhido mediante repasse pela refinaria, a determinação de novo recolhimento de valor correspondente, dessa feita a outro Estado, implica bitributação não autorizada constitucionalmente. Uma operação de circulação de mercadoria não pode ser tributada duas vezes.

Declarando a inconstitucionalidade do recolhimento de ICMS a título de estorno, a Ministra considerou que haveria grande prejuízo aos Estados sedes das distribuidoras que não fossem ao mesmo tempo sede das usinas e local de consumo do combustível final, porque não conseguiriam mais se ressarcir do ônus suportado pela dedução do valor correspondente ao ICMS-diferido relativo ao álcool (AEAC) e ao biodiesel (B5). Por essa razão, propôs a modulação temporal para dar eficácia à decisão apenas a partir de seis meses contados da publicação do acórdão, possibilitando aos Estados adotar modelo diverso de recolhimento do ICMS. Os demais Ministros votaram no mesmo sentido, à exceção do Ministro Marco Aurélio Mello, que pensa não ter o STF a atribuição de modular as declarações de inconstitucionalidade.

o erário público. Enfim, é de ser salientado que o “argumento ad terrorem do prejuízo”, pura e simplesmente, não é suficiente para a manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Afinal, prejuízo, no sentido de diminuição do capital, sempre haverá. O que defendemos é que a restrição dos efeitos somente pode ocorrer, em matéria tributária, se os prejuízos forem de tal ordem que possam levar a uma situação irreparável em relação ao patrimônio público”. (**Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 259-260).

¹⁵⁴ STF. **ADI nº 4.171/DF**, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.05.2015 e DJ de 21.08.2015.

No caso, os Ministros conseguiram constatar que os Estados-sedes das distribuidoras de combustíveis teriam suas arrecadações diminuídas de maneira brusca e súbita. Estariam justificados, então, o excepcional interesse econômico e a segurança jurídica para que o Tribunal procedesse à modulação, principalmente porque o objetivo foi o de dar aos Estados tempo para repensarem o mecanismo arrecadatório de ICMS na realidade fática, de maneira a minimizar o impacto da declaração de inconstitucionalidade. Pode-se dizer que houve, assim, razoabilidade na correta justificação para autorizar a manipulação da eficácia da decisão, impedindo a bancarrota dos Estados que evidentemente ficariam prejudicados.

Em relação ao STJ, já se analisou que a Corte afastava de sua competência a possibilidade de modulação temporal dos efeitos de suas decisões desde o julgamento do EREsp nº 738.689/PR, quando reverteu seu entendimento para assentar a inaplicabilidade do crédito-prêmio de IPI às vendas para o exterior realizadas após o advento da Constituição de 1988. O julgado consolidou precedente recorrentemente invocado toda vez em que era levantada a restrição dos efeitos de alteração jurisprudencial em razão de segurança jurídica.¹⁵⁵

Foi apenas recentemente que a Corte limitou a eficácia de decisão que alterava a jurisprudência até então consolidada, muito embora não tenha a maioria dos Ministros considerado que não se tratava de uma modulação propriamente dita, durante o julgamento do RE nº 1.596.978/RJ.¹⁵⁶ A partir desse caso, pode-se entrever a inclinação do Tribunal em prestigiar os fatos jurídicos firmados durante a vigência de determinada interpretação jurisdicional, argumentando fortemente em favor da segurança jurídica. No entanto, como a inovação do CPC/2015 em possibilitar a restrição da eficácia das decisões em recursos repetitivos é muito recente, ainda é cedo para se deduzir os caminhos que vão ser trilhados quando, de alguma forma, for considerada a necessidade da modulação, seja em favor da Fazenda Pública, seja em favor do contribuinte.

5.3 A possibilidade da modulação de efeitos em matéria tributária: parâmetros para a utilização do instituto

Por tudo até agora exposto, é manifesta a constatação de que os Tribunais Superiores podem proceder à modulação temporal dos efeitos de suas decisões quando bem fundamentadas as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, muito

¹⁵⁵ Vide item 4.3 desta monografia.

¹⁵⁶ Vide análise do julgamento no item 4.3 desta monografia.

embora a via de regra seja ainda a da retroatividade. Em Direito Tributário, pelo que se abstrai dos exemplos fornecidos, a relativização da eficácia ganha contornos próprios, porque se depara, de um lado, com o eminente impacto econômico que pode causar ao erário e, de outro, com o direito fundamental do contribuinte à repetição do indébito tributário decorrente de declaração de inconstitucionalidade e à confiança em orientação jurisprudencial que lhe conferiu expectativas legítimas.

Nesse panorama, convém traçar alguns parâmetros que possam ser utilizados pelas Cortes Superiores para a operação manipulativa da eficácia das decisões proferidas nos contextos com os quais se deparam. O primeiro deles é que, na ponderação entre os interesses do contribuinte de ter a restituição de tributo declarado inconstitucional e os interesses fazendários em manter os valores arrecadados com base na presunção de constitucionalidade da lei até a data da declaração de inconstitucionalidade, a modulação seja vista como a última opção para amortecer os prejuízos aos cofres públicos, sendo extensiva a fundamentação de que a retroatividade da decisão desestabilizaria a ordem econômica e tributária protegida pela Constituição. É o que ensina Octavio Fischer:¹⁵⁷

Em casos de extrema impossibilidade (demonstrada cabalmente) de restituição do que foi pago a mais, seria admissível uma restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com o fim de evitar uma derrocada financeira completa do Estado. Portanto, a manipulação dos efeitos, voltamos a frisar, opera, sob este aspecto, de forma absolutamente excepcional.

Por essa abordagem, tem-se a justaposição do Sistema Tributário constitucional na formulação de políticas econômicas que se voltem a tutelar a justiça social e o bem-comum. Quando consideradas as funções da tributação em sua totalidade, percebe-se que a própria efetivação do Estado Democrático de Direito é dela dependente, porque é o erário que custeia a realização pragmática do conjunto de direitos e programas que a Constituição prevê. Dessa maneira, passa a englobar o interesse público a preocupação de que as fontes de arrecadação estatais subsistam, sob pena de invalidar o cumprimento das garantias constitucionais asseguradas não só aos contribuintes, mas também à toda sociedade.¹⁵⁸

¹⁵⁷ FISCHER, Octavio Campos. Op. cit., p. 280.

¹⁵⁸ Isso decorre da concepção de interdisciplinaridade do Direito Tributário, que envolve as mais variadas searas de realização dos direitos constitucionais. No que ensina James Marins, “As manifestações do fenômeno tributário se infiltram nos mais elementares fatos e negócios da vida privada ou das relações com o Governo. O fluxo de riquezas, internamente considerado ou na relação entre Estados soberanos, também se vê profundamente atingido por medidas tributárias. A chamada extrafiscalidade é um poderoso agente regulador utilizado pela política econômica. As opções políticas fiscais também interferem na distribuição de riqueza interna e podem favorecer ou bloquear determinadas atividades, drenar recursos de uma para outra atividade econômica, estabelecer subsídios tributários ou barreiras tarifárias. Promover investimentos públicos aqui e acolá. A tributação é fenômeno hiperestático, privado e público, individual e coletivo, microeconômico e macroeconômico, sociológico e ético, político e jurídico” (O desafio da política jurídico-fiscal. In: MARINS, James (Coord.). **Tributação & política**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 37).

E é nisso que se insere a necessidade de modulação de efeitos diante de declaração de inconstitucionalidade que privasse a Fazenda Pública de quantia financeira substancialmente vultosa, devendo o aplicador do Direito ter em consideração se a subsistência das atividades estatais, das necessidades públicas mais básicas e dos direitos fundamentais elencados na Constituição seria lesada pelo desfalque financeiro. Na ponderação de valores, tal tipifica circunstância a prevalecer o interesse público geral – que inclui o conjunto de contribuintes na percepção – em detrimento do interesse individual do contribuinte à repetição do indébito tributário, porque a razão de fundo é eminentemente constitucional.

Sem embargo, se não for suficientemente evidente a excepcional situação econômica de que o Poder Público não teria outra maneira de suprir as perdas decorrentes da devolução do tributo arrecadado e posteriormente declarado inconstitucional, o intérprete deve entender pela prevalência do direito do contribuinte à repetição do indébito tributário. Eis que a modulação, na finalidade ora apurada, trataria de excepcional interesse social. No caso, a retroação da declaração de inconstitucionalidade sempre vai prejudicar o patrimônio financeiro constituído pela Fazenda Pública de alguma maneira, porque, sendo inconstitucional o tributo, configura-se a necessidade de devolução dos valores arrecadados ao contribuinte. Assim, a modulação para resguardar o erário só pode ser cogitada se não houver nenhuma outra alternativa para socorrer o financiamento da efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, sob pena de se invalidar permanentemente direito individual legítimo que é a repetição do indébito tributário.

O segundo parâmetro que os Tribunais devem ter por norte diz respeito à consolidação da boa-fé e da confiança por norma tributária favorável ao contribuinte que venha a ser declarada inconstitucional, a exemplo de lei que tenha instituído benefício fiscal como isenção ou que tenha reduzido a alíquota incidente para categoria específica. Em ocasiões desse porte, a retroação da norma benéfica possivelmente equivale à instituição ou à majoração de tributos para o conjunto de contribuintes outrora beneficiados. Então, a consideração a ser feita é a de que sejam aplicados por analogia os princípios da anterioridade tributária (art. 150, III, b, CF/1988) e da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c, CF/1988),¹⁵⁹ conforme a conveniência do caso concreto e a especificidade da tributação, para

¹⁵⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

dar eficácia à decisão de inconstitucionalidade apenas (i) no exercício financeiro seguinte à sua publicação; (ii) depois de transcorridos noventa dias de sua publicação; ou, ainda (iii) no exercício financeiro seguinte, mas depois de transcorridos noventa dias da publicação.

Mais ainda, se a decisão judicial equiparar-se à nova norma de tributação, criando carga inesperada para o contribuinte, é imperativo que se tutelem as situações jurídicas constituídas em seu tempo, em não regia a tese interpretativa que vingou posteriormente. É o caso de declaração de inconstitucionalidade de lei que havia concedido isenção. No que discorre Hugo de Brito Machado,¹⁶⁰

é indubitoso que a revogação de uma isenção implica aumento do tributo a que corresponde. Aumento que não deve surpreender o contribuinte, pela mesma razão que a própria criação do tributo também não deve constituir surpresa. Assim, é evidente que em face do princípio da anterioridade, estereotipado no art. 150, inciso III, alínea “b”, da vigente Constituição, a cobrança do tributo decorrente da revogação de isenção só é juridicamente possível a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que for publicada a lei respectiva.

O terceiro parâmetro refere-se à possibilidade de modulação de efeitos por alteração da jurisprudência dominante em matéria tributária, a partir da positivação do instituto no CPC/2015.¹⁶¹ Nesse aspecto, a relativização da eficácia da decisão que altera a orientação jurisprudencial anterior pode ser operada tanto em favor do contribuinte, quanto em favor da Fazenda Pública. O que os Tribunais devem apurar é se o entendimento jurisprudencial revisitado havia conferido a qualquer uma das partes confiança legítima de que a relação tributária entre o Fisco e o contribuinte procederia de determinada maneira. Se a resposta for positiva, a necessidade de segurança jurídica passa a guiar a eficácia prospectiva dos efeitos, porque havia uma expectativa fundamentada no entendimento da Corte para que as partes se comportassem como se sucedeu.

Para mais, a modulação de efeitos em matéria tributária também requer que se verifique abrangência da decisão cuja eficácia se pretende restringir, porque a segurança jurídica e o excepcional interesse social que se colocariam em face dos efeitos do julgado somente se demonstram se a tese se dotar de certo grau de abstração. Isso significa dizer que, para que se module a eficácia, é necessária decisão com oponibilidade *erga omnes* ou, no mínimo, *ultra partes*. Quando se tem tão somente caso concreto em que o Tribunal vá dizer o

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). (...)

(Constituição Federal de 1988).

¹⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. **Efeito da revogação da norma de isenção tributária**. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 11, n. 63, maio/jun. 2013, p. 16.

¹⁶¹ A jurisprudência dominante deve ser entendida como a orientação majoritariamente consolidada no âmbito dos Tribunais, principalmente aquela firmada nos órgãos que contam com votação quantitativamente maior (Plenário, para o STF; e Plenário, Corte Especial e Seções de julgamento para o STJ).

direito a ser aplicado, é de se prezar pela retroação dos efeitos da decisão que declarar a inconstitucionalidade ou alterar a jurisprudência, porque se tem uma pretensão específica a ser eventualmente concedida.

Em matéria tributária, essa necessidade de abstração para a operação manipulativa da eficácia se esclarece quando a pretensão do contribuinte em recorrer ao Poder Judiciário é a constatação do indébito de exação que lhe foi cobrada inconstitucionalmente. Não faria sentido se, reconhecida a incompatibilidade do tributo com a Constituição, os efeitos fossem modulados, e o contribuinte não conseguisse pleitear a restituição dos valores indevidamente cobrados, porque a declaração de inconstitucionalidade não se configura propriamente como o objeto do pedido, mas muito mais como a causa de pedir que dá ensejo ao pedido.

Dessas considerações, o que se pode abstrair é que a modulação de efeitos das decisões põe-se como mecanismo empregado de maneira absolutamente excepcional, voltando-se a prestigiar a boa-fé, a confiança legítima e as expectativas que se fundaram com base na presunção de constitucionalidade de determinada lei ou na orientação jurisprudencial que alicerçava as relações jurídicas constituídas sob sua égide. Não havendo justificativa suficiente para sua utilização, deve-se manter a retroatividade da eficácia, porque é regra que confere estabilidade ao ordenamento jurídico diante de atos normativos inconstitucionais ou de interpretações jurisprudenciais equivocadas.

6. CONCLUSÃO

Ao longo desta monografia, buscou-se analisar a modulação temporal dos efeitos de decisão que tenha declarado a inconstitucionalidade de uma norma ou de decisão que tenha culminado na alteração da orientação jurisprudencial até então firmada. Traçou-se uma linha histórica do instituto, iniciando pelas primeiras discussões sobre a necessidade de ruptura com o dogma da nulidade das leis inconstitucionais e concluindo pela positivação definitiva da modulação de efeitos pelos Tribunais Superiores no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015. Especificamente, examinou-se a repercussão de tal operação manipulativa na seara tributária, em que se defrontam com a modulação as garantias que são asseguradas ao contribuinte.

Em suas linhas iniciais, a modulação dos efeitos foi concebida como uma maneira de atenuar a rigidez da nulidade absoluta dos atos normativos declarados inconstitucionais. O que se viu é que, em determinadas ocasiões, a extirpação da lei do ordenamento se afasta mais da vontade constitucional do que a manutenção de seus efeitos por um período definido em que sua incidência se tenha feito necessária, invocando-se razões de excepcional interesse social e de segurança jurídica. Seria também espécie de proteção às situações jurídicas consolidadas na égide da lei inconstitucional, homenageando a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, em vez de simplesmente se proceder à nulidade de tudo o que se embasou em suas disposições normativas.

Eis que adveio a Lei nº 9.868/1999, positivando em seu art. 27 a efetiva possibilidade de o STF modular a eficácia de suas decisões no controle abstrato de constitucionalidade. Essa delimitação inicial do instituto pareceu justificar a excepcionalidade de sua aplicação, explicada apenas quando as decisões dispusessem de abstração suficiente para ter maior abrangência. Mais ainda, as definições de segurança jurídica e de excepcional interesse social para possibilitar a modulação balizou a necessidade de fundamentação detalhada. Do contrário, haveria de se manter a retroatividade dos efeitos da norma inconstitucional, tida como a regra pela doutrina e pela jurisprudência.

Pouco tempo depois, questionou-se se poderiam ser moduladas por aplicação analógica as decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade e no caso de alteração da jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores. Em sua competência, o STF entendeu deter a prerrogativa de restringir os efeitos de seus julgados por decorrência da previsão constitucional de sua função: o que a Lei nº 9.868/1999 teria feito foi apenas afirmar

de maneira expressa que a modulação seria possível. Disso, decorreu a relativização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade feita no bojo de um caso concreto.

No caso do STJ, até recentemente, a Corte rechaçava deter a competência para modular a eficácia de seus julgados, principalmente no que se referia à mutação jurisprudencial. O entendimento era de que não seria possível lançar mão da modulação sem qualquer subsídio legal que pudesse justificá-la em sua seara. Não obstante, não parece ser admissível surpreender os jurisdicionados com novo entendimento inesperado, em clara violação ao princípio da segurança jurídica. Haveria, a qualquer momento, de se entrever solução que preservasse a confiança legítima nas decisões do Judiciário, especialmente quando a interpretação fosse revisitada.

Nesse panorama, editou-se o Código de Processo Civil de 2015, que pareceu ter suprido a falta de disposição normativa para a modulação em controle difuso e no caso de alteração de jurisprudência, outorgando expressamente ao STF e ao STJ a competência de se utilizarem do instituto. No entanto, faz-se a ressalva: a modulação deve ser justificada por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social e também deve ter por base o julgamento de recurso repetitivo, que computa eficácia *ultra partes*.

Com base nisso, a conclusão a que se chega é que, no ordenamento pátrio, a modulação de efeitos se afigura como técnica de decisão absolutamente excepcional, porque a retroatividade é a regra jurídica normalmente adotada. Todavia, apesar de excepcional, faz-se necessária em determinados pronunciamentos dos Tribunais Superiores que se desprendam das particularidades do caso concreto para atingir a realidade fática abarcada pela segurança jurídica ou pelo interesse social. Por essa razão, é requisito mínimo à sua operação que a decisão tenha eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*. Em um caso concreto em que apenas as partes litigantes sejam vinculadas, fica difícil invocar segurança jurídica e, mais ainda, interesse social, porque se trata meramente de interpretação legal em situação fática específica.

A partir dessas considerações, figura a possibilidade de que os Tribunais Superiores modulem a eficácia de seus julgados, para atender a anseios constitucionais de coesão e de coerência do sistema jurídico como um todo. E, para todos os efeitos, reassente-se a utilização dessa medida enquanto técnica decisória a partir de um juízo ponderado de razoabilidade e de parcimônia, empregando todos os contrafortes e garantias possíveis à prestação jurisdicional mais adequada à harmonia do ordenamento, a partir de uma justificativa plausível que enquadre a remissão a preceitos e princípios da Constituição Federal.

Em outro aspecto, quando se coloca a modulação de efeitos no Direito Tributário, pode-se operar em favor do contribuinte ou então em favor da Fazenda Pública. Nas duas situações, amoldam-se os direitos que o sistema tributário atribui ao indivíduo em conjunto com a segurança jurídica e o interesse social. Então, configuram-se limites à garantia à restituição do indébito tributário e a confiança legítima na interpretação do Judiciário acerca das relações com o Fisco, de forma que é imprescindível ponderar se cabem, por um lado, como embasamento à segurança jurídica ou ao interesse social ou, por outro, se há razão suficiente para que sejam colocadas em segundo plano para promover maior estabilidade no ordenamento constitucional.

Por isso, o último capítulo se volta a entrever a aplicação do instituto na prática do contencioso tributário, tentando abstrair dos julgados uma linearidade nas justificativas desenvolvidas para se julgar procedente ou improcedente a arguição de necessidade de modulação. Finalmente, pensam-se também parâmetros para nortear a modulação no que se refere à ponderação entre os interesses do contribuinte e os interesses da Fazenda Pública, tendo por medida o equilíbrio da ordem econômico-tributária, a boa-fé empreendida nas situações jurídicas consolidadas e a confiança na coerência e previsibilidade das interpretações do Direito fornecidas pelo Poder Judiciário.

7. REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coordenadores). **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O controle da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à Luz da Teoria dos Poderes Neutrais. In: SARMENTO, Daniel (org.). CÂMARA, Alexandre Freitas et al. **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ÁVILA, Ana Paula. **A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a Constituição do art. 27 da lei nº 9.868/1999**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Código de Processo Civil** (2015). Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2015. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Código Tributário Nacional** (1966). Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, 1966. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006.** Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008.** Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em 12.11.2016.

_____. **Projeto de Lei nº 2.960/1997 (da Câmara dos Deputados).** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=208355>>. Acesso em 29.10.2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva: 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 235-236.

_____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle judicial de constitucionalidade no direito comparado.** Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CERVO, Amado Luiz. BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia Científica.** 2ª ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1978.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.** 10ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2012.

DONIZZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil.** Salvador: Revista Direito UNIFACS, n. 175, 2015, p. 4. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em 16.10.2016.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FUX, Luiz. **O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa**. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>. Acesso em 13.10.2016.

GARCEZ NETO, Martinho. **Função criadora da jurisprudência**. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.5, n.19, 2002.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha Pontes. **Inconstitucionalidade da lei tributária – repetição de indébito**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. **Efeito da revogação da norma de isenção tributária**. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 11, n. 63, maio/jun. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, James. O desafio da política jurídico-fiscal. In: MARINS, James (Coord.). **Tributação & política**. Curitiba: Juruá, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. 1989. In: MELLO JUNIOR, João Cândio de. **O conceito polêmico de interesse público**. Belo Horizonte: Revista Jurídica do Ministério Público, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A nulidade da lei inconstitucional e seus efeitos: considerações sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 122.202**. Distrito Federal: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, v. 2, n. 3, 1994.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional.** In: 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, 2008, Lituânia. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em 06.10.2016.

NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie. **Modulação dos efeitos das decisões no processo civil.** Tese (Doutorado), Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, 257 f.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade.** 2a ed. São Paulo: RT, 2001.

PERES, Luís Fernando Belém. **Fundamentos dogmáticos para a modulação dos efeitos temporais das declarações de inconstitucionalidade em matéria tributária.** Dissertação (Mestrado em Direito), Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010, 205 f.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2002.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa.** Trad. Norma Azeredo, 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação declaratória de constitucionalidade.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

STF. **ADI nº 513/DF**, rel. Min. Célio Borja, julgado em 14.06.1991 e DJ de 30.10.1992.

_____. **ADI nº 652/MA**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 02.04.1992 e DJ de 02.04.1993.

_____. **ADI nº 1.102/DF**, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 05.10.1995 e DJ de 17.11.1995.

_____. **ADI nº 4.171/DF**, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.05.2015 e DJ de 21.08.2015.

_____. **ADI nº 5.287/PB**, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.05.2016 e DJ em 12.09.2016.

_____. **AI nº 582.280/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.09.2006 e DJ de 06.11.2006.

_____. **MI nº 670/ES**, rel. Min. Maurício Côrrea, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25.10.2007 e DJ de 31.10.2008.

_____. **MI nº 708/DF**, rel. Min. Maurício Côrrea, julgado em 25.10.2007 e DJ de 31.10.2008.

_____. **MI nº 712/PA**, rel. Min. Eros Grau, julgado em 25.10.2007 e DJ de 31.10.2008.

_____. **MS nº 20.257/DF**, rel. Min. Decio Miranda, rel. para o acórdão Min. Moreira Alves, julgado em 08.10.1980 e DJ de 27.02.1981

_____. **MS nº 22.591/PB**, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 20.08.1999 e DJ de 14.11.2003.

_____. **MS nº 24.268/MG**, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 05.02.2004 e DJ de 16.02.2004.

_____. **MS nº 24.573/DF**, rel. Min. Gilmar Mendes, rel. p/ o acórdão Min. Eros Grau, julgado em 12.06.2006 e DJ de 15.12.2006.

_____. **MS nº 24.595/DF**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20.09.2006 e DJ de 09.02.2007.

_____. **RE nº 78.533/SP**, rel. Min. Firmino Paz, julgado em 13.11.1981 e DJ de 26.02.1982.

_____. **RE nº 79.343/BA**, rel. Min. Leitão de Abreu, julgado em 31.05.1977 e DJ em 02.09.1977.

_____. **RE nº 121.336/CE**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 17.10.1990 e DJ de 26.06.1992.

_____. **RE nº 136.215/RJ**, rel. Min. Octavio Gallotti, julgado em 18.02.1993 e DJ de 16.04.1993.

_____. **RE nº 150.755/PE**, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 18.11.1992 e DJ de 23.11.1992.

_____. **RE nº 150.794/PE**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 16.12.1992 e DJ de 16.02.1993.

_____. **RE nº 197.917/SP**, rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 06.06.2002 e DJ de 07.05.2004.

_____. **RE nº 353.657/PR**, rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 25.06.2007 e DJ de 07.03.2008.

_____. **RE nº 363.852/MG**, rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgado em 03.02.2010 e DJ de 18.06.2010.

_____. **RE nº 395.902/RJ**, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 07.03.2006 e DJ de 17.03.2006.

_____. **RE nº 405.579/PR**, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 01.12.2010 e DJ em 04.08.2011.

_____. **RE nº 442.683/RS**, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 13.12.2005 e DJ de 24.03.2006.

_____. **RE nº 560.626/RS**, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 12.06.2008 e DJ de 28.11.2008.

_____. **RE nº 638.115/CE**, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23.03.2015 e DJ de 03.08.2015.

_____. **RMS nº 17.976/SP**, rel. Min. Amaral Santos, julgado em 13.09.1968 e DJ de 26.09.1969.

_____. **RMS nº 22.307/DF**, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 05.11.1998 e DJ em 23.11.1998.

STJ. **AgRg no Ag nº 986.794/RS**, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26.08.2008 e DJ de 11.09.2008.

_____. **AgRg no AI nº 827.293/RS**, rel. Min. Denise Arruda, rel. p/ acórdão Min. José Delgado, julgado em 25.09.2007 e DJ de 22.11.2007.

_____. **AgRg nos EDcl no REsp nº 805.804/ES**, rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.09.2010 e DJ de 15.10.2010.

_____. **AgRg no REsp nº 1.089.940/BA**, rel. Min. Denise Arruda, julgado em 02.04.2009 e DJ de 04.05.2009.

_____. **EDcl no AgRg no REsp nº 723.086/PE**, rel. Min. Francisco Falcão, j, em 04.12.2007 e DJ de 10.03.2008.

_____. **EDcl no AgRg nos EREsp nº 724.111/RJ**, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25.08.2010 e DJ de 13.09.2010.

_____. **EDcl no REsp nº 1.234.881/RS**, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 09.10.2012 e DJ de 19.10.2012.

_____. **EResp nº 675.201/PR**, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 26.09.07 e DJ de 15.10.2007.

_____. **EResp nº 738.689/PR**, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 27.06.2007 e DJ de 22.10.2007.

_____. **HC nº 28.598/MG**, rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14.06.2005 e DJ de 01.08.2005.

_____. **REsp 541.239/DF**, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09.11.2005 e DJ de 05.06.2006.

_____. **REsp nº 1.596.978/RJ**, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 07.06.2016 e DJ de 01.09.2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 54ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. NUNES, Dierle, BAHIA. Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELLOSO, Andrei Pitten. **A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 157, out. 2008.

VELLOSO, Renato Belo Vianna. **Repetição do indébito tributário e a súmula vinculante 8**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 22, n. 3, mar. 2010.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.